Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

CRIMINAL LAW

controlling criminal prosecutions: the attorney general and the crown prosecutor

Working Paper 62

Canada

91-00031/

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence** (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 18, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury** (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board** (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants** (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies* (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24, 1986)
28. *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law** (June 12, 1986)
29. *Arrest* (November 6, 1986)
30. *Recodifying Criminal Law, Vol. I* (December 3, 1986)
31. *Recodifying Criminal Law — A Revised and Enlarged Edition of Report 30* (May 19, 1988)
32. *Our Criminal Procedure* (June 21, 1988).

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case** (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences** (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice** (1977)
21. *Payment by Credit Transfer** (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons** (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law** (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects** (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests** (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1984)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration** (1985)
41. *Arrest** (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment** (1985)
45. *Secondary Liability — Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)
47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)
50. *Hate Propaganda** (1986)
51. *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law** (1986)
52. *Private Prosecutions* (1986)
53. *Workplace Pollution* (1986)
54. *Classification of Offences* (1986)
55. *The Charge Document in Criminal Cases* (1987)
56. *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987)

57. *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention* (1988)
58. *Crimes against the Foetus* (1989)
59. *Toward a Unified Criminal Court* (1989)
60. *Plea Discussions and Agreements* (1989)
61. *Biomedical Experimentation Involving Human Subjects* (1989)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

---

* Out of print. Available in many libraries.

CONTROLLING CRIMINAL PROSECUTIONS: THE ATTORNEY GENERAL AND THE CROWN PROSECUTOR

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 62

CONTROLLING CRIMINAL PROSECUTIONS: THE ATTORNEY GENERAL AND THE CROWN PROSECUTOR

1990

Canadian Cataloguing in Publication Data

Main entry under title:

Controlling criminal prosecutions : the Attorney General and the Crown Prosecutor

(Working paper ; 62)
Text in English and French.
Title on added t.p., inverted: Poursuites pénales.
Includes bibliographical references.

ISBN 0-662-57533-4

1. Attorneys general — Canada. 2. Public prosecutors — Canada. 3. Prosecution — Canada. 4. Law reform — Canada. I. Law Reform Commission of Canada II. Title: Poursuites pénales. III. Title: The Attorney General and the Crown Prosecutor. IV. Series: Working paper (Law Reform Commission of Canada); 62.

KE8813.C66 1990 342.71'066 C90-090362-7E

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street, 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or
Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1990
Catalogue No. J32-1/62-1990
ISBN 0-662-57533-4

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street, 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Mr. John Frecker, Commissioner
Her Honour Judge Michèle Rivet, Commissioner

Secretary

François Handfield, *B.A., LL.L.*

Co-ordinator, Criminal Procedure

Stanley A. Cohen, *B.A., LL.B., LL.M.*

Consultants

Marc Rosenberg, *LL.B.*
C. Jane Arnup, *LL.B.*
Stephen G. Coughlan, *B.A., M.A., LL.B., Ph.D.*

Special Adviser

Professor J.L1.J. Edwards, *LL.D.*

Table of Contents

CHAPTER ONE: The Role of the Attorney General 1

I. Introduction 1
II. Historical Sketch 2
III. The Present Role of the Attorney General 8
A. The Attorney General and Parliament 8
B. The Attorney General and Crown Prosecutors 15
C. The Attorney General and Private Prosecutors 17
D. The Attorney General and the Courts 22
E. The Attorney General and the Police 28

CHAPTER TWO: The Need for Reform in the Present Law 33

I. Introduction 33
II. The Structure of the Department of Justice and the Department of the Solicitor General 34
A. The Department of Justice 34
1. Dividing the Offices of Minister of Justice and Attorney General . . . 35
(*a*) Overview 35
(*b*) Recommendations 40
2. An Independent Prosecution Service 41
(*a*) Overview 41
(*i*) Institutional Arrangements in Other Countries 42
(A) England and Wales 42
(B) The Republic of Ireland 44
(C) State of Victoria, Australia 46
(D) Commonwealth of Australia 47
(E) New Zealand 50
(*ii*) Independent Canadian Offices 51
(*iii*) The Need for Change in Canada 52
(*b*) Recommendations 53
B. The Department of the Solicitor General 59
1. General 59
(*a*) Overview 59
(*b*) Recommendations 60
2. Prosecution by Police Officers 61
(*a*) Overview 61
(*b*) Recommendation 62
III. The Powers of the Attorney General 63
A. Introduction 63
B. Consent to Prosecutions 67
1. Overview 67
2. Recommendations 68
C. Initiation of Charges 69
1. Crown Prosecutors and the Police 69

(a) Overview . . . 69
(b) Recommendations . . . 73
2. Guidelines for the Initiation of Prosecutions . . . 76
(a) Overview . . . 76
(b) Recommendations . . . 79
D. Control over the Forum of Trial . . . 84
1. Choice of Forum . . . 84
(a) Overview . . . 84
(b) Recommendation . . . 85
2. Section 568 of the *Criminal Code* . . . 85
(a) Overview . . . 85
(b) Recommendation . . . 85
3. Section 473 of the *Criminal Code* . . . 86
(a) Overview . . . 86
(b) Recommendation . . . 87
E. Preferred Indictments . . . 89
1. General . . . 89
(a) Overview . . . 89
(b) Recommendations . . . 90
2. The Use of a Preferred Indictment without a Preliminary Inquiry . . . 91
(a) Overview . . . 91
(b) Recommendations . . . 93
3. The Use of a Preferred Indictment after a Discharge at a Preliminary Inquiry . . . 95
(a) Overview . . . 95
(b) Recommendations . . . 96
F. Discontinuation of a Prosecution . . . 99
1. General . . . 99
(a) Overview . . . 99
(b) Recommendations . . . 101
2. Permanent Discontinuances . . . 104
(a) Method and Timing of Permanently Discontinuing a Prosecution . . . 104
(i) Overview . . . 104
(ii) Recommendations . . . 106
(b) Guidelines for Permanently Discontinuing a Prosecution . . . 109
(i) Overview . . . 109
(ii) Recommendation . . . 109
3. Temporary Discontinuances . . . 109
(a) Method and Timing of Temporarily Discontinuing a Prosecution . . . 109
(i) Overview . . . 109
(ii) Recommendations . . . 111
(b) Commencement of New Proceedings . . . 114
(i) Overview . . . 114
(ii) Recommendations . . . 114

CHAPTER THREE: Summary of Recommendations . . . 115

APPENDIX A: Institutional Arrangements in Great Britain 121

APPENDIX B: Distribution of Powers of federal and provincial Ministers of Justice, Attorneys General, and Solicitors General 124

APPENDIX C: Organizational Structure of the Department of Justice 125

APPENDIX D: Comparison Chart of Director of Public Prosecutions Arrangements in Other Countries 126

CHAPTER ONE

The Role of the Attorney General

I. Introduction

The federal and provincial Attorneys General personify the public prosecution system in Canada. These officials are accountable to the public, through Parliament and the provincial legislatures, for the exercise of powers conferred by statute and common law. They lie at the centre of the justice system. The prosecution by the Crown of offences under the *Criminal Code*[1] or other federal and provincial legislation is carried out by agents of the Attorneys General. Superintendence over such public prosecutions, as well as the ability to control private prosecutions, rest with the Attorneys General. Further, Attorneys General have historically, though currently to a diminished extent, been responsible for the police and correctional facilities.

Equally central to the federal justice system is the Minister of Justice. As a member of Cabinet, the minister has political responsibilities. Federally, the Minister of Justice bears primary responsibility for formulating the legal policy of the government of the day, is responsible for the court system and the administration of justice generally, and is legal adviser to the Cabinet.

In light of the important functions of each of these offices separately, it is particularly noteworthy that in Canada they are combined into one. Federally, a Minister of Justice is created by statute, and the office-holder is *ex officio* the Attorney General of Canada. In addition, each province has a single office-holder who performs the functions associated with both posts. In some provinces the office-holder is known as the Attorney General, and in others as the Minister of Justice. For convenience, we will use the term "Attorney General" to refer to the holder of this combined office, unless the context requires otherwise.

The importance of having a responsible person of integrity in the role of Attorney General is apparent. In particular, the running of the prosecution service is a task with a great potential for conflict of interest. Situations have arisen on many recent occasions — the

1. R.S.C. 1985, c. C-46.

Donald Marshall inquiry,[2] the Manitoba "Ticketgate" inquiry,[3] the resignation of British Columbia's Attorney General[4] and the Patricia Starr inquiry[5] — in which the need to have someone act independently and free of political pressure or other conflicts has been made apparent.

This paper will examine the role, responsibilities, and powers of the merged office of Attorney General and Minister of Justice at the federal level. Our recommendations will concern two major areas: the administrative structure of the combined office of the Department of Justice and the office of the Attorney General, and the particular powers of the Crown prosecutor, acting under the Attorney General, to initiate, conduct, and terminate proceedings. The recommendations we will make for restructuring are directed specifically at the federal Department of Justice; however, we believe that the proposals would be equally appropriate to both the federal and provincial levels of government. The recommendations concerning the powers of the Attorney General and Crown prosecutors with relation to criminal prosecutions will directly affect the provinces.

II. Historical Sketch

Both provincial and federal legislation creating the office of Attorney General began by conferring upon the office-holder the powers and duties which have traditionally belonged to the Attorney General of England and Wales. As a result, the starting point for

---

2. The inquiry was established in Nova Scotia to investigate the wrongful murder conviction of Donald Marshall. See the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, [*Report*] 7 vols. (Halifax: The Royal Commission, 1989). In the course of hearings, testimony raised the question of the proper relationship between the police and the Attorney General's office with regard to responsibility for deciding to lay criminal charges, possibly affecting the decision not to lay charges against a member of the provincial Cabinet.

3. A police investigation led to charges of ticket-fixing against a number of lawyers, and several judges, in Manitoba. The office of the Attorney General prosecuted the charges, but was also involved, through its administration of justice responsibility, in negotiations with judges concerning salary, retirement, etc. See *The Dewar Review: A Report Prepared by The Honourable A.S. Dewar at the request of the Attorney-General of Manitoba*, October 1988 [unpublished] [hereinafter *Dewar Review*]. One official in particular was found to have been in a clear conflict of interest in both engaging in plea-bargaining discussions with counsel for one of the judges, and participating in the process determining that judge's pension entitlement. See the discussion of this issue below at 35 in "Dividing the Offices of Minister of Justice and Attorney General".

4. Early in 1988, Brian Smith, the Attorney General of British Columbia, resigned his post. His stated reason for doing so was attempted interference from the Cabinet in what should be an independent prosecutorial responsibility for determining whether charges should be laid.

5. A judicial inquiry was established in Ontario to investigate a number of allegedly improper political contributions. The Attorney General of Ontario, Ian Scott, noted that it might be necessary for him or the Crown law office to advise investigating police officers whether charges should be laid. As a result, Scott felt that he ought not simultaneously to be acting as legal adviser to the government, and outside counsel was hired.

understanding the present offices is the history of the Attorney General of England and Wales.[6]

In earliest times the "King's Attorney", or Attorney General, was merely the barrister entrusted with supervision of the King's legal interests throughout the country. The "King's Solicitor", the precursor to the Solicitor General, was the Attorney General's senior deputy.[7] During the sixteenth century most prosecutions were in the hands of private individuals, but the Crown, through its personal representative, on occasion instituted and conducted proceedings. Since most prosecutions were nominally in the name of the Sovereign, the Crown had the right, through its representative, to terminate the proceedings prior to completion.[8] These powers of intervention thus came to be exercised by the Attorney General or by the Solicitor General. The latter acted, for many purposes, as the deputy to the Attorney General, and undertook much of the counsel work.

The two most important powers of the Attorney General in England and Wales were the right to initiate and terminate prosecutions. The Attorney General could initiate prosecutions by laying an information before a justice and seeking the issuance of process, or by the use of an *ex officio* information,[9] which could only be used for misdemeanours[10] and which removed the case into the Star Chamber, a court with wide discretionary powers in criminal matters. After the Star Chamber was abolished, the Attorney General was able to place the information directly into the Court of King's Bench, and also had a right to move

---

6. Philip Stenning has conducted a detailed study of the historical roots of the public prosecution system under the auspices of the Law Reform Commission of Canada [hereinafter LRC]: *Appearing for the Crown* (Cowansville, Quebec: Brown, 1986). Only certain aspects of his research are recounted here.

7. *Ibid.* at 15-16.

8. *Ibid.* at 17.

9. D. Walker, ed., *The Oxford Companion to Law* (Oxford: Clarendon, 1980) defines *ex officio* information as follows at 444:

> A criminal information filed by the Attorney-General on behalf of the Crown in respect of crimes affecting the government or peace and good order of the country. It was utilized in cases of seditious writings or speeches, seditious riots, libels on foreign ambassadors, and the obstruction of public officers in the course of their duties. It was abolished in 1967.

10. Walker, *ibid.*, defines misdemeanour as follows at 843:

> At common law in England, a crime which was neither a treason nor a felony (qq.v.) but a lesser offence. Some crimes which were technically misdemeanours were serious, e.g. conspiracy, riot, assault, but many were trivial offences. In 1967, all distinctions between felony and misdemeanour were abolished, the rules applicable to misdemeanour being made applicable to both categories. The distinction has been replaced by that between arrestable and non-arrestable offences, the former being those for which the sentence is fixed by law or for which a person may be sentenced to five years' imprisonment.

indictments directly to that court. The Attorney General also had the power to terminate any private prosecution (except an "appeal of felony"[11]).

The Attorney General of England and Wales was, and continues to be, the head of the bar, and retains the right to be heard before all other counsel when appearing personally before any court. Any prosecution for a felony could be stopped by the Attorney General's personal use of a *nolle prosequi*.[12] The Attorney General could take over and conduct private prosecutions with the consent of the private prosecutor, though whether the ability existed to do so without that consent is unclear.[13]

In the English colonies that were established in the Maritimes and Upper Canada, this British system was largely adopted, but with some modifications. In each of these colonies and in Lower Canada, the English office of Attorney General was established. Particularly of note, however, is the greater involvement of these Attorneys General in prosecutions that, in England, would generally have been pursued privately.[14] In Upper Canada for example, the first Act creating a system of Crown Attorneys came more than 20 years before the

---

11. Walker defines appeal of felony as follows (*ibid.* at 69):

> In case of death by murder or manslaughter the feudal lord of the deceased, the widow, or the heir male might bring an appeal, in substance an accusation or challenge or claim for loss to himself rather than for harm to the public. An appeal might be brought even after the appellee had been tried on indictment and acquitted. The defendant had the right to trial by battle. The parties had to fight personally, save that a woman, a priest, an infant, a person over 60, or lame or blind might hire a champion. The battle took place before the judges of the King's Bench or Common pleas, and the parties were each armed with a staff an ell long and a leather shield, and battered each other from sunrise to star-rise or until one cried "Craven". The defendant could clear himself by the ordeal or, after this was abolished, by jury trial *per patriam*. If beaten in combat or found guilty, the defendant suffered the same judgment as if convicted on indictment, and the Crown had no power to pardon because the appeal was a private suit. It became obsolete but was not abolished and in 1817 Ashford brought a writ of appeal in the King's Bench against Thornton for the alleged rape and murder of Mary Ashford. Thornton had already been tried and acquitted of the charge at assizes; he demanded trial by battle against Ashford who declined to accept the challenge and Thornton was discharged: see *Ashford* v. *Thornton* (1818), 1 B. & Ald. 405; in the following year appeals of felony and trial by battle were abolished by statute.

12. The term *nolle prosequi* is defined in *ibid.* at 883 as follows:

> In civil proceedings, an undertaking by the plaintiff not to proceed with his action at all or as to part of it, or as to certain defendants. The Attorney-General of England has power in any criminal proceedings on indictment at any time to enter a *nolle prosequi* and thereby to stay proceedings. The origin of the power is uncertain but the basis appears to be that the Crown, in whose name criminal proceedings are taken, may discontinue them. The first instance was in 1555. The court will not thereafter allow any further proceedings to be taken in the case, nor inquire into the reasons or justification for the Attorney-General's decision. It is not equivalent to an acquittal and does not bar a fresh indictment for the same offence.
>
> In the U.S., the discretion is vested in the prosecutor such as the district attorney and may be used if the accused agrees to make restitution or to plead guilty to a lesser charge.

13. Stenning, *supra*, note 6 at 30-31.

14. *Ibid.* at 40.

comparable English statute: it was modelled not on the system in use in England, but on that in Scotland.[15]

Two Committees of the Executive Council of the Province of Canada dealt with problems in the administration of justice in Canada East and Canada West.[16] The 1846 report of the committee discussed how, given the union of Upper and Lower Canada, to incorporate two Attorneys General and two Solicitors General into the government. It was recommended that all four law officers should continue to hold seats in Parliament, but that only the Attorneys General should remain in the Executive Council. The Attorney General's primary responsibility was to conduct personally the Crown's business before the courts and to advise Cabinet colleagues on legal matters. The Solicitors General were to continue to assist the Attorneys General in their duties, as requested, particularly in appearances before the courts. When none of the law officers was available to appear, the Attorney General or the Solicitor General could instruct counsel, usually Queen's counsel, to appear as their representative.[17]

With Confederation came several provisions of the *Constitution Act, 1867*[18] that are particularly relevant to a discussion of the role of the Attorney General:

1. Subsection 91(27) giving the federal Parliament exclusive jurisdiction over "The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters";

2. Subsection 92(14) giving the provincial legislatures exclusive jurisdiction over "The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts";

3. Section 63 providing that the Executive Council of Ontario and Quebec shall be composed of such persons as the Lieutenant Governor thinks fit, but in the first instance, must include *inter alia* the Attorney General and in Quebec must include the Solicitor General;

4. Section 134 providing for the appointment, under the Great Seal of the province, of *inter alia* the Attorney General and in Quebec the Solicitor General as well; and

---

15. See a discussion of the establishment of this system through *The Upper Canada County Attorneys' Act*, S.C. 1857, c. 59, in M. Bloos, "The Public Prosecutions Model From Upper Canada" (1989) 32 C.L.Q. 69.

16. Province of Canada, Committee of the Executive Council respecting the Salaries and Emoluments of the Law Officers of the Crown in this Province and the Fees to Queen's Counsel for Services rendered by them for the Crown payable out of the Public funds, 1844 (RG 1, E 1, Canada State Book C, pp. 563-569) and Province of Canada, Special Committee of the Executive Council in relation to the remuneration and duties of the Crown Law Officers, 1846 (RG 1, E 1, Canada State Book F, pp. 85-100) quoted in Stenning, *supra*, note 6 at 64-68.

17. Stenning, *supra*, note 6 at 64-68.

18. (U.K.), 30 & 31 Vict., c.3.

5. Section 135 providing that the Attorney General and Solicitor General continue to have all "Rights, Powers, Duties, Functions, Responsibilities or Authorities" as were vested in or imposed on them prior to Confederation until otherwise provided by the legislature.

The effect of this division of powers was to give conduct of the majority of criminal prosecutions to the provincial Attorneys General and their agents.

After Confederation, the federal and provincial governments each created the offices of Attorney General or Minister of Justice, although the titles are not uniform among provincial governments. To an extent these offices were based on the British model. In other significant aspects, they departed from that model. Certain aspects of the British arrangements will be considered both here and later, but a full explanation of the various offices in England and Scotland and their respective duties is set out in Appendix A.

The first post-Confederation federal legislation concerning the Attorney General was *An Act Respecting the Department of Justice*.[19] This Act creates the Department of Justice, and provides for the appointment of a Minister of Justice. In the original 1868 version of the Act, the minister's duties are to act as official legal adviser to the Governor General and Cabinet, to see to it that the administration of public affairs is in accordance with the law, to have superintendence of all matters connected with the administration of justice in Canada within federal control, and to advise upon the legislative acts of the provincial legislatures.[20]

The Act also provides that the Minister of Justice is *ex officio* the Attorney General of Canada. The Attorney General was by the 1868 Act entrusted with the powers and duties "which belong to the office of the Attorney General of England by law or usage".[21] The Attorney General had the powers that pre-Confederation provincial laws had given to provincial Attorneys General, where such laws were now in the federal sphere. The Attorney General was also the legal adviser to government departments, was responsible for approving instruments issued under the Great Seal of Canada, had the superintendence of prisons and penitentiaries, and was to regulate and conduct all litigation on behalf of the Crown in right of Canada.[22] In addition, when the North-West Mounted Police were created in 1873, supervision of the force was assigned to the Department of Justice.[23]

The office of federal Solicitor General was created in 1887, by *An Act to make provision for the appointment of a Solicitor General*.[24] This Act provided for the appointment of a

---

19. S.C. 1868, c. 39.

20. *Ibid.*, s. 2.

21. *Ibid.*, s. 3.

22. *Ibid.*

23. *Administration of Justice, North West Territories Act*, S.C. 1873, c. 35. See the discussion of the establishment of this force in P. Stenning, *Legal Status of the Police*, Study Paper prepared for the LRC (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) at 45.

24. S.C. 1887, c. 14.

Solicitor General, whose duties were to "assist the Minister of Justice in the counsel work of the Department of Justice".[25] In effect, the Solicitor General was given the role traditionally assigned in England to the office, that of assistant to the Attorney General.

In each province the practice of assigning the duties of the Minister of Justice and Attorney General to one person was followed. The division of functions between those two offices was not uniform, however. A chart showing the various ways in which responsibilities have been divided is attached to this paper as Appendix B.

In providing that the same person was necessarily to fill the roles of Attorney General and Minister of Justice, both federal and provincial legislation departed from the English model that was the source of the offices. The Attorney General in England, for example, is not a member of Cabinet, and has responsibilities which are considerably more limited than in Canada. Responsibility for police and prisons in England rests with the Home Secretary, who also has some responsibility for the administration of courts. This responsibility is shared with the Lord Chancellor, who in addition recommends judicial appointments, supervises judges and courts, and serves as a legal adviser to the Cabinet. Both the Home Secretary and the Lord Chancellor are members of Cabinet, with the attendant political responsibilities.

Thus in the original legislation creating a federal Attorney General, Canada combined within one post responsibility for prosecuting, acting as legal adviser to the government, administering courts, supervising the police, and superintending prisons and penitentiaries. In addition, all of these duties were given to a member of Cabinet, with the political responsibilities that such a position entails. These are tasks that were, in the tradition from which they came, separated, and which today in England are divided among five different offices.

Since the original legislation there have been some amendments, but on the whole the structure is unchanged. Responsibility for the RCMP, prisons and penitentiaries, and parole and remissions was given to the Solicitor General in 1966.[26] This is a departure from the traditional English model of the Solicitor General's office, and is an anomaly that now exists federally and in six provinces.[27] With this exception, however, the functions assigned to the Minister of Justice and Attorney General remain today as they were in 1868.

---

25. *Ibid.*, s. 1.

26. *Government Organization Act, 1966*, S.C. 1966-67, c. 25, s. 4. Responsibility for prisons and penitentiaries had been transferred from the Attorney General to the Minister of Justice in the *Department of Justice Act*, R.S.C. 1906, c. 21.

27. In Nova Scotia, New Brunswick, Ontario, Alberta, and British Columbia, the Solicitor General is responsible for the Police, and in Quebec, the police are under the Minister for Public Security. The *Alberta Police Act*, S.A. 1988, c. P-12.01, s. 2, charges the Solicitor General with the administration of the Act, but still places all police services and peace officers under the direction of the Attorney General.

III. The Present Role of the Attorney General

A full understanding of the Attorney General in today's context requires consideration of each of the various roles the position entails. The Attorney General must act as a member of Cabinet, accountable to Parliament and the public. The Attorney General must superintend the prosecution service, directing the course of criminal prosecutions conducted by the state, and supervising private prosecutions. As head of the prosecution service, the Attorney General is accountable to the courts. The Attorney General federally has had, and in some provinces continues to have, responsibility for the police.

A. The Attorney General and Parliament

In England the Attorney General is not a member of Cabinet, and is independent from its dictates with respect to the exercise of prosecutorial authority. It has been clear since the early part of this century that the English Attorney General may seek the advice of Cabinet but is not required to do so. The most well-known explanation of this relationship is that of Lord Shawcross, while Attorney General of England in 1951:

> I think the true doctrine is that it is the duty of an Attorney-General, in deciding whether or not to authorise the prosecution, to acquaint himself with all the relevant facts, including, for instance, the effect which the prosecution, successful or unsuccessful as the case may be, would have upon public morale and order, and with any other consideration affecting public policy. In order so to inform himself, he may, although I do not think he is obliged to, consult with any of his colleagues in the government, and indeed, as Lord Simon once said, he would in some cases be a fool if he did not. On the other hand, the assistance of his colleagues is confined to informing him of particular considerations which might affect his own decision, and does not consist, and must not consist, in telling him what that decision ought to be. The responsibility for the eventual decision rests with the Attorney-General, and he is not to be put, and is not put, under pressure by his colleagues in the matter. Nor, of course, can the Attorney-General shift his responsibility for making the decision on to the shoulders of his colleagues. If political considerations which in the broad sense that I have indicated affect government in the abstract arise it is the Attorney-General, applying his judicial mind, who has to be the sole judge of those considerations.[28]

It is noteworthy, however, that this independence is a matter only of convention. As one commentator has noted, it is difficult to find "any clear *legal* ground for asserting a right in the Attorney-General to act independently".[29]

The extent to which the Attorney General of Canada is independent is less clear. Unlike in England, the Attorney General of Canada is a member of Cabinet, and is by statute also the Minister of Justice, responsible for "superintendence of all matters connected with the

---

28. Lord Shawcross' statement is to be found in J.LL.J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (London: Sweet & Maxwell, 1964) at 223 [hereinafter *Law Officers*].

29. G. Marshall, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability* (Oxford: Clarendon, 1984) at 112.

administration of justice in Canada".[30] In addition, the Canadian Attorney General has always had duties and responsibilities held by the Home Secretary and Lord Chancellor in England, both of whom are members of Cabinet.

Stenning has pointed out that in colonial times, when the Attorney General was a professional lawyer retained by the government, "No law officer of these days could seriously have thought that he enjoyed, or was entitled to, anything resembling 'political independence' from the dictates of the Governor of the day."[31] In 1840, after the union of the two Canadas, the Attorneys General (and Solicitors General) of Canada East and Canada West were required to hold seats in Parliament, and to "take part in political affairs".[32] Stenning notes that "the two heads of the Janus-like government of the Province at this time, Baldwin and Lafontaine, were respectively the Attorneys General of Canada West and Canada East."[33] This combining of functions continued with Confederation, as Sir John A. Macdonald held the post of Attorney General between 1867 and 1873.[34]

Further, Edwards points out (albeit "sadly") that prior to 1978:

> [T]he evidence of previous administrations, irrespective of party affiliation, suggests that earlier Prime Ministers and Attorneys General subscribed to a totally different philosophy in which decisions in highly political cases were made by the Cabinet and carried out by the Attorney General.[35]

Edwards then discusses cases in the St. Laurent, Diefenbaker and Pearson governments, suggesting that at those times:

> [M]ost Ministers of the Crown would have viewed their involvement in the disposition of such prosecutorial questions in Cabinet as a natural application of the principle of collective responsibility for unpalatable political decisions.[36]

In recent years, however, the "Shawcross principle" has been cited as applicable to Canada. Beginning in 1978 with Mr. Basford, at least four Attorneys General in Canada have embraced the statement of principle made by Lord Shawcross that the Attorney General

---

30. *Department of Justice Act*, R.S.C. 1985, c. J-2, s. 4(b).

31. *Supra*, note 6 at 288.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.* at 288-289.

34. J.L.J. Edwards, *The Attorney General, Politics, and the Public Interest* (London: Sweet & Maxwell, 1984) at 358 [hereinafter *Attorney General*]. Edwards also points out that William Aberhart acted as Attorney General of Alberta while Premier, and that "Many instances are on record, well into the present century, where the Premier of a Provincial Government has simultaneously fulfilled the duties of Attorney General." Notable among these was Maurice Duplessis, Premier of Quebec, who also acted as Attorney General.

35. *Ibid.* at 361.

36. *Ibid.* at 362.

is not subject to control by the Cabinet in making prosecutorial decisions.[37] Mr. Basford stated:

> The first principle, in my view, is that there must be excluded any consideration based upon narrow, partisan views, or based upon the political consequences to me or to others.
>
> In arriving at a decision on such a sensitive issue as this, the Attorney General is entitled to seek information and advice from others but in no way is he directed by his colleagues in the government or by parliament itself.[38]

The McDonald Commission reached a similar conclusion about the need for the Attorney General to put aside personal or party political concerns when determining whether to initiate a prosecution.[39]

Several other writers have considered the role of the Attorney General, in particular with respect to *Charter of Rights* cases.[40] The Attorney General of Ontario stated that, if he was satisfied that a statutory provision creating an offence was unconstitutional, or that a prosecution would violate the accused's rights, it would be his duty to intervene to stay the proceedings.[41] Taking this obligation a step further, Mr. Scott contemplated that if he was convinced that a fellow minister's proposed course of action was unconstitutional, and he was unable otherwise to prevent it, the Attorney General might have to take legal proceedings against that minister. He concluded:

> The public and the legal profession should be vigilant to see that the Attorney General vigorously pursues this obligation in a matter that respects the fundamental principles of independence and objectivity that have historically guided the exercise of the Attorney General's responsibilities.[42]

Nevertheless, the federal Attorney General is appointed by the Prime Minister and so could be dismissed from office for insisting on a course of conduct that is against the advice of the Cabinet. In such circumstances the Attorney General might feel compelled to resign

---

37. R. McMurtry, "The Office of the Attorney General" in D. Mendes da Costa, ed., *The Cambridge Lectures* (Toronto: Butterworths, 1981) at 2-3 and 5-6 (former Attorney General of Ontario) and I. Scott, "The Role of the Attorney General and the Charter of Rights" (1986-87) 29 C.L.Q. 187 at 189-192 (present Attorney General of Ontario). The remarks of Mr. R. Basford and Mr. M. Macguigan (both former federal Ministers of Justice) are quoted in Edwards, *Attorney General, supra*, note 34 at 359-364.

38. Canada, *House of Commons Debates* at 3881 (17 March 1978).

39. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Third Report: Certain R.C.M.P. Activities and the Question of Governmental Knowledge* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) (Chairman: Justice D.C. MacDonald) at 509.

40. See, *e.g.*, Scott, *supra*, note 37; D.C. Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986-87) 29 C.L.Q. 15; J.L.J. Edwards, "The Attorney General and the Charter of Rights" in R. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (Toronto: Butterworths, 1987) at 45-68.

41. Scott, *supra*, note 37 at 199.

42. *Ibid.*

before being dismissed.[43] Either event could be expected to have a serious political impact affecting even the government's survival.

It is also clear, having been stated both by Attorneys General and the judiciary, that the Attorney General is accountable to Parliament or the appropriate legislature. One leading case that expressly refers to this accountability is *Smythe* v. *The Queen*.[44] In that case, Chief Justice Fauteux stated that the court could not review the exercise of the Attorney General's discretion regarding the election to proceed by way of summary conviction, but that the Attorney General could be questioned in the legislature about the decision, and sanctioned by that body, if appropriate.

This amounts to saying that the accountability of the Attorney General to Parliament lies in the fact that ministers of the Crown can be called upon to answer questions in the House and can be censured by the House. But this theoretical accountability must be considered in the context of the reality that party solidarity would likely lead to the support of any Attorney General, whether independent in decision-making or not. As Lord Shawcross noted:

> Responsibility to Parliament means in practice at the most responsibility to the party commanding the majority there, which is the party to which the Attorney General of the day must belong. One has only to remember the so-called Shrewsbury "martyrs" and the Clay Cross affair to realize that that party will obviously not criticize the Attorney General of the day for not taking action which, if taken, might cause embarrassment to their political supporters.[45]

Further, it is the view of Edwards[46] that this accountability arises only after the fact: when the decision not to prosecute has been made, or when the prosecution is complete. The Attorney General cannot, it seems, be required to defend a decision while the case is still before the courts. As a result, Stenning points out:

> [T]he very nature of the Attorney General's prosecutorial discretion, and the desire to ensure that the administration of criminal justice is kept as far as possible removed from strong political pressures, have tended to ensure that parliamentary control over his discretion in this area can only be less than adequate. In the first place, in the pressure of business with which Legislatures are involved, they inevitably can and do become far removed from the stream of run-of-the-mill criminal prosecutions which are processed through the inferior

---

43. Although such events are not common, the former Attorney General of British Columbia, Brian Smith, resigned his post in 1988: see note 4. Similarly, in 1977, Robert Ellicott resigned his post as Attorney General of the Commonwealth of Australia. Edwards, in *Attorney General, supra*, note 34, notes at 384 that in his letter of resignation to the Prime Minister, Ellicott charged that "decisions and actions which you and the Cabinet have recently made and taken have impeded and in my opinion have constituted an attempt to direct or control the exercise by me as Attorney General of my discretion". In his resignation speech, Mr. Ellicott quoted Lord Shawcross' statement of principle.

44. [1971] S.C.R. 680.

45. This quotation from Lord Shawcross was itself quoted in the paper given by the former Attorney General of Ontario, R. McMurtry, *supra*, note 37 at 5.

46. *Law Officers*, *supra*, note 28 at 224-225.

> courts every day. The volume and low visibility of these cases (which form the vast bulk of all criminal cases heard by the courts) make it fairly easy for abuses to go undetected by the politicians, and ensure that parliamentary control over such abuses is unlikely to be very consistently effective. . . . Secondly, such valuable parliamentary rules as the *sub judice* rule ensure to some extent that even when abuses do come to the attention of politicians, such control as they are able to exercise through the parliamentary process, being necessarily *ex post facto*, will often have very limited effectiveness in terms of securing justice for the accused. . . . The *sub judice* rule ensures that, once a prosecution has been launched, it is not until after the accused has been acquitted or convicted that the politicians can do anything about it. . . .[47]

Thus there are limits on both the accountability that can be demanded, and the control that can be exerted by a legislature.

It must also be noted that the "Shawcross principle" itself — that the Attorney General is to be free from political influences — has been questioned. Edwards has suggested that some qualification must be made to the principle, to take account of a distinction between types of political considerations. What the Attorney General must ignore are partisan political considerations: that is, considerations "designed to protect or advance the retention of constitutional power by the incumbent government and its political supporters."[48] On the other hand the Attorney General should have regard to "non-partisan" political considerations such as "maintenance of harmonious international relations between states, the reduction of strife between ethnic groups, the maintenance of industrial peace and generally the interests of the public at large."[49]

However, this distinction has not been universally accepted. It has been pointed out in reply that

> [E]ven those decisions which have the greatest appearance of consensus (e.g. laws passed by a representative democratic parliament) cannot necessarily be automatically characterized as "non-partisan", since they are almost invariably the product of a partisan political system in which one partisan faction (or a coalition of partisan factions) predominates and is able to implement its own policies. The distinction between partisan and non-partisan decisions according to this view, is not one of kind but of degree, and relies heavily for its validity on the ability of the dominant political faction to convince the populace that the decisions it proposes to implement "involve the wider public interest that benefits the population at large".[50]

Further, although it may be clear that the public interest is involved in a decision, that does not make clear what the decision should be. The nature of the political process is such that different political parties will in good faith disagree. It has been noted that the

---

47. *Supra*, note 6 at 303-304.

48. J.LI.J. Edwards, *Ministerial Responsibility for National Security* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1980) at 69-70.

49. *Ibid.*

50. Stenning, *supra*, note 6 at 291-292.

maintenance of harmonious international relations, reduction of strife between ethnic groups, and maintenance of industrial peace

> [A]re precisely the areas in which conservative and socialist politicians trust each other least. It might be, for example, that a politician holding the office of Attorney-General could believe that industrial peace would be endangered if legal proceedings were taken against strikers acting unlawfully in the alleged pursuance of a trade dispute. He might be right in this factual supposition, but those of a different political persuasion might not be willing to accept a decision based on this view as non-partisan.[51]

Given this, it is not sufficient simply to say that the Attorney General may give consideration to the wider public interest. It is not difficult to imagine circumstances in which the Attorney General claims to act based on the public interest, but is accused by opposition parties of acting out of partisan political motives. This is not to say that non-partisan political considerations do not exist; it is simply that the distinction between partisan and non-partisan motives may not always be clear in practice. In such circumstances the final arbiter must be public opinion. If the majority of the population is persuaded that the motives are non-partisan and acceptable, then the government will continue to have public support; if the public are not so persuaded, the government, or at least the Attorney General, will lose that support. Ultimately public opinion provides the only measure of whether a political motive is non-partisan.

Though there may be disagreement on how clear this distinction is in practice, it does not seem to be questioned by anyone that, in principle, partisan political considerations have no place in the normal operation of the prosecution service. The tradition in England, and in Canada, that the Attorney General is only in unusual circumstances involved in individual prosecutions is one method of achieving this aim. The tradition that exists in England, and which has recently been affirmed in Canada, against Cabinet direction of any decision by the Attorney General concerning individual prosecutions is a second method. But an important point flows from this. It must be recognized that the independence of the Attorney General is not an end in itself; rather, it is a means of assuring that improper motives do not enter into the decision whether to prosecute.[52]

---

51. Marshall, *supra*, note 29 at 115.

52. Edwards, in *Attorney General (supra,* note 34), notes at 362-363 that:

> In making these decisions it should not be assumed that the Cabinet would necessarily be governed by politically partisan motives. At the same time, it would be unrealistic not to envisage situations in which, in the absence of any clearly understood constitutional prohibition against the referral by the Attorney General of prosecution matters for decision by the Cabinet or any group of ministers or by the Prime Minister, partisan influences would rise to the surface and prevail in whatever decision ultimately emerged.
>
> In reply, it might be suggested that an equally useful protection would be the understanding by Cabinet that partisan motives should not affect their decisions on prosecutorial matters, when political considerations do arise. This is arguably a better safeguard, since it is a direct rather than indirect statement of the relevant principle.

In light of this, and also in recognition that there are times when wider considerations of public interest should indeed affect individual prosecutions, there are those who disagree with the principle of the independence of the Attorney General, if this is taken to mean that the decision to prosecute in individual cases will always, in the end, be a decision made exclusively by the Attorney General.[53] Prosecutorial decisions are not alone in having potentially far-reaching consequences; decisions on matters of defence, foreign relations, the environment, or public health and safety can have equally broad consequences. This is not taken to be a justification for excluding Cabinet from any say in those decisions.[54]

In the same context, it can be questioned what the purpose of mere consultation by the Attorney General with the Cabinet might be. There would be little sense in the Attorney General, the legal adviser to the government, seeking legal advice from the Cabinet. But if the advice sought is not legal, then that suggests that the decision is not merely a legal one. In this case, one might hold that there is no reason in principle for the decision to be restricted to the law officer.[55]

Nonetheless it must be recognized that the principle of the independence of the Attorney General has become increasingly entrenched as a constitutional convention. This recognition raises several issues that must be borne in mind in considering any reform of the Attorney General's office. First, political considerations should not in normal circumstances affect prosecutorial decisions. However, when individual cases do raise political considerations, partisan motives must not be brought to bear. In such circumstances the Attorney General may seek the advice of Cabinet, but is not bound by that advice. Lastly, the final judges of whether a motive is partisan or not are the public. Any adequate system must see to it that these principles are protected.

---

53. Lord Asquith, writing in 1924, discussed the decision to be made in 1914 in England whether to prosecute leaders of the Ulster movement for high treason. He queried:

> Is it really suggested that the Law Officers of the day should have assumed the undivided responsibility for instituting or withholding proceedings and that the Cabinet could have claimed no voice in a decision on which the whole political future of Ireland might have turned? (quoted in Edwards, *Law Officers*, *supra*, note 28 at 214, n. 48).

54. P. Stenning, *Submission to the Royal Commission Investigating the Prosecution of Donald Marshall, Jr.* [unpublished].

55. Edwards, in *Attorney General* (*supra*, note 34 at 363), discusses Cabinet consideration by the St. Laurent government of the case of James Endicott, a Canadian clergyman who had made statements suggesting that bacteriological weapons had been used by United Nations Forces during the Korean war. The Cabinet minutes show discussion of the fact that the easiest charge to prove would be treason, but that the only penalty at the time on conviction was death. The Cabinet noted that there would be a great deal of unfavourable international attention. One could well argue that these are non-partisan political considerations, and that there is in fact nothing objectionable about this type of Cabinet involvement.

Marshall (*supra*, note 29 at 113-114) argues that there is a distinction between an Attorney General seeking advice on the political advisability of a prosecution, and seeking advice about facts within the knowledge of another minister. He gives the example of a decision by an Attorney General in the Heath government in Britain seeking advice from the Secretary of State for Foreign Affairs on whether lives of hostages held by Palestinian guerrillas would be in greater danger if a particular airline hijacker were prosecuted.

B. The Attorney General and Crown Prosecutors

Individual prosecutions are actually conducted for the most part by public prosecutors, or "Crown Attorneys", acting as agents for the Attorney General. The historical development of the office of public prosecutor, and its present relationship to the Attorney General, must therefore be understood.

In the pre-Confederation Province of Canada, the Attorney General had little time to devote to court appearances as a result of the increasingly political nature of responsibilities in the Executive Council and Parliament.[56] This was also the case with the deputy, the Solicitor General. As well, the increase in population made it more difficult for these two law officers personally to appear in court on all of the Sovereign's business. When neither was available, Queen's counsel or "Crown counsel" were appointed on an *ad hoc* basis to represent them for the duration of a session of the court. However, these counsel did not enjoy the prerogatives of the law officers. In Upper Canada, and later in Ontario, it became expedient to appoint County Attorneys, who were later known as Crown Attorneys. These attorneys supervised the prosecution work, at first, on a part-time fee for service basis.

Following Confederation similar duties were conferred on officials designated as prosecuting officers or Crown attorneys in other provinces. The theoretical degree of independence varied among the provinces: in some provinces the local prosecutor was legally under the complete control of the provincial Attorney General, while in other cases the Crown attorneys enjoyed the rights and privileges of the Attorney General and Solicitor General when carrying out their prosecution functions. In other provinces, and in the federal system where there was no statutory recognition of Crown attorneys or public prosecutors, counsel are still employed on a full-time or part-time basis and exercise prosecutorial authority as counsel, agents, or delegates of the Attorney General.[57]

There have only been relatively minor changes in the duties of Crown attorneys during the last 130 years.[58] Their primary responsibilities are to conduct prosecutions for indictable offences, to conduct prosecutions for summary conviction offences (where the public interest so requires), to supervise private prosecutions and take over the case where justice towards the accused requires, to deal with questions of the sufficiency of sureties, and to provide legal advice to justices of the peace.[59] At the present time Crown attorneys must also examine documents sent by coroners, justices of the peace, and provincial judges to determine if further evidence needs to be gathered, or witnesses summoned to avoid a charge being dismissed for insufficiency of proof.[60]

---

56. Stenning, *supra*, note 6 at 109-110.

57. *Ibid.* at 121-130.

58. See *The Upper Canada County Attorneys' Act*, *supra*, note 15 and *Crown Attorneys Act*, R.S.O. 1980, c. 107.

59. *Crown Attorneys Act*, *supra*, note 58, s. 12. Subsection 12(j) of this Act, giving the Crown Attorney the power to determine the sufficiency of sureties, was recently challenged under the *Charter*, but was upheld. However, the court held that this power was subject to Part XVI of the *Criminal Code*, allowing an applicant to have the question determined by the court. See *R.* v. *Dewsbury* (1989), 39 C.R.R. 301 (Ont. H.C.).

60. *Crown Attorneys Act*, *supra*, note 58, s. 12(a).

It is our view that Crown attorneys are accountable to, and under the control of, the Attorney General. Some writers have disputed this position, particularly in Ontario,[61] but the majority of historical and contemporary evidence supports the existence of this accountability.[62] However, of necessity the local Crown attorney has a "broad and generous area of unfettered discretion in criminal prosecutions."[63] Thus while Crown prosecutors are theoretically accountable to, and under the control of, the Attorney General, it is only in the most exceptional cases that the Attorney General would become directly involved in, or even knowledgeable about, a particular case. The Attorney General bears responsibility for the issuing of "wide and general guidelines as to policy",[64] but the day-to-day administration of justice must be in the hands of the local Crown attorneys or agents.

The legal effect of these policy guidelines has received some recent attention. In *R.* v. *Catagas*[65] the Manitoba Court of Appeal considered an allegation of abuse of process because the accused, a native Indian, was prosecuted for breach of the *Migratory Birds Convention Act*;[66] this prosecution, the accused alleged, was contrary to a policy of the provincial and federal governments (though the policy does not appear to have come from the Attorney General). The court held that the abuse-of-process argument failed since the policy itself was illegal, contrary to well-established constitutional principles that "[t]he Crown may not suspend laws or the execution of laws without the consent of Parliament; nor may it dispense with laws, or the execution of laws; and dispensations by *non obstante* [notwithstanding] of or to any statute or part thereof are void and of no effect, except in such cases as are allowed by statute."[67] The court, however, went out of its way to point out that the holding in this case did not affect the legitimate exercise of prosecutorial discretion:

> Not every infraction of the law, as everybody knows, results in the institution of criminal proceedings. A wise discretion may be exercised against the setting in motion of the criminal process. A policeman, confronting a motorist who had been driving slightly in excess of the speed limit, may elect to give him a warning rather than a ticket. An Attorney-General, faced with circumstances indicating only technical guilt of a serious offence but actual guilt of a less serious offence, may decide to prosecute on the latter and not on the former. . . . But in all these instances the prosecutorial discretion is exercised in relation to a specific case. It is the particular facts of a given case that call that discretion into play. But that is a far different thing from the granting of a blanket dispensation in favour of a particular group or race. . . .

---

61. K. Chasse, "The Role of the Prosecutor" in S. Oxner, ed., *Criminal Justice: Papers Prepared for Presentation at the Canadian Institute for the Administration of Justice Conference on Criminal Justice held at Halifax, October 28, 29 and 30, 1981* (Toronto: Carswell, 1982).

62. See, *e.g.*, the comments of former Ontario Attorney General John Clement, quoted in Chasse, *ibid.* at 83, and also the remarks of a former Crown Attorney, the Honourable Judge Graburn, "The Relationship of the Crown Attorney to the Attorney General" (1976) 35 C.R.N.S. 259 at 270-271.

63. Former Ontario Attorney General John Clement, cited in Chasse, *supra*, note 61.

64. *Ibid.* at 84.

65. (1977) 38 C.C.C. (2d) 296 (Man. C.A.).

66. R.S.C. 1970, c. M-12.

67. *Halsbury's Laws*; 3rd ed., vol. 7 (London: Butterworths, 1954) para. 486 at 230, cited in *R.* v. *Catagas*, *supra*, note 65 at 297.

> The Crown may not by Executive action dispense with laws. The matter is as simple as that, and nearly three centuries of legal and constitutional history stand as the foundation for that principle.[68]

Therefore the Attorney General cannot unlawfully fetter the discretion that is inherent in that office, nor that of the counsel who derive their power from, and are accountable to, it. To determine the legality of guidelines one would have to determine whether they would be a lawful exercise of discretion if exercised by the Attorney General personally. It would seem that, so long as there remains room to examine the individual case on its own merits, the guidelines would not be improper.[69]

The Attorney General is accountable to the legislature for the actions of the agents employed as prosecutors, and so must have the right to intervene in any particular case and direct the manner of the prosecution. Such direct interventions, however, leave the Attorney General vulnerable to allegations of partisan political influence. While there is nothing improper in the Attorney General personally exercising power, perhaps in the face of advice from the local prosecutor, in practice one would expect this to occur only when the matter was of such importance that a decision at the highest level was required. Interventions in more mundane prosecutions would raise the question as to why it was felt necessary to intervene. Therefore there is a useful function fulfilled in issuing broad policy guidelines to Crown counsel: the guidelines keep prosecutors accountable to the Attorney General, without seeming to involve improper considerations.

To conclude, while theoretically the public prosecutors are accountable to, and under the control of, the Attorney General, as a practical matter responsibility for individual prosecutions is in most cases exercised at the local level.

C. The Attorney General and Private Prosecutors

Another important aspect of the role of the Attorney General, similar in some ways to the relationship to Crown prosecutors, is the relationship between the Attorney General and private prosecutors.[70] On the one hand, by its very nature, criminal law concerns acts that are serious enough to be regarded not merely as wrongs to an individual, but to the state. For this reason, most criminal proceedings involve the resources of the state, being investigated by the police and prosecuted by a Crown prosecutor. On the other hand, most

---

68. *R.* v. *Catagas*, *supra*, note 65 at 301.

69. An example of guidelines that have affected a very large number of prosecutorial decisions are those of the federal Department of Justice which set out when the charge of importing will be laid in an "border possession" case (which carries with it a statutory minimum of seven years), and when the charge of possession for the purpose of trafficking (which carries no minimum sentence) will be laid. Although the mandatory minimum seven years has recently been struck down by the Supreme Court of Canada (*R.* v. *Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045), these guidelines operated for several years, and affected the exercise of a prosecutorial discretion which had enormous impact on accused.

70. The Commission has considered this issue at length in a previous working paper: see LRC, *Private Prosecutions*, Working Paper 52 (Ottawa: The Commission, 1986).

of the formal mechanisms for prosecutions are equally available to any private individual. For example, under section 504 of the *Code*, the power to lay an information before a justice rests with anyone, and "prosecutor" is defined in section 2, where the Attorney General does not intervene, to mean "the person who institutes proceedings to which this Act applies". Thus, in principle, it is open to any private citizen to commence and continue a criminal prosecution.

There are two important aspects of the relationship between the Attorney General and private prosecutors. The first is the supervisory role played by the Attorney General. The second concerns the different powers, in particular related to guarding the public interest, that may be exercised by each.

Even when a prosecution has been commenced privately, the Attorney General retains the right to intervene in the proceedings. Such intervention can have two purposes. It is open to the Attorney General to intervene in a private prosecution in order to conduct the prosecution.[71] Equally, the Attorney General can intervene simply in order to stay proceedings.

The Attorney General might intervene to continue proceedings that a private prosecutor intends to abandon, where the Attorney General considers the proceedings to be in the public interest.[72] Equally, the Attorney General can intervene simply on the ground that the charge is an appropriate one, and ought to be conducted by the state.[73]

However, intervention to stay proceedings is more common. Historically this power reflects the Attorney General's ability to enter a *nolle prosequi*, the basis of which is that "it was natural for the Crown, in whose name criminal proceedings were instituted, to reserve the right to terminate the same proceedings at will."[74] The significance of this power should not go unrecognized: it allows the Attorney General to deprive a private prosecutor of the right to conduct a prosecution.

In the use of this power, the Attorney General is not ordinarily subject to review by the courts.[75] Rather, the Attorney General is accountable for its use to Parliament. The policy behind the *nolle prosequi* power, equally applicable to the power to intervene and stay proceedings, has been stated to be:

---

71. *Re Dowson and R.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 140 (Ont. H.C.); *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984 at 1011-1012, *per* Dickson J., dissenting on other grounds; *Re Osiowy and R.* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 at 191 (Sask. C.A.).

72. See, *e.g.*, *Re Bradley and R.* (1975), 9 O.R. (2d) 161 (C.A.), where the Attorney General intervened to continue with a privately laid charge of intimidation under s. 423 (then s. 381) of the *Code*, arising out of a labour dispute.

73. Our consultants in British Columbia indicate that private prosecutions commenced in that province are uniformly examined by the Attorney General's office. If they do not feel that a case is made out for prosecution, the Attorney General intervenes to stay the proceedings. If they feel that prosecution is appropriate, then the Attorney General's department takes over the proceeding.

74. Edwards, *Law Officers*, *supra*, note 28 at 227.

75. The one limited exception to this rule is discussed below in "The Attorney General and the Courts" at 22.

> In this country, where private individuals are allowed to prefer indictments in the name of the Crown, it is very desirable that there should be some tribunal having authority to say whether it is proper to proceed farther in a prosecution. That power is vested by the constitution in the Attorney General, and not in this Court.[76]

Ultimately, then, the Attorney General has supervisory authority over all prosecutions. Even in the case of privately commenced and conducted prosecutions, it will be true that no criminal proceeding occurs without at least the Attorney General's sufferance. In this sense, then, the Attorney General is ultimately accountable to Parliament not only for using the power to intervene and stay charges, but also for a decision not to intervene.

Also significant, and reflecting the Attorney General's supervisory role, is the difference in powers between private prosecutors and the Crown. The powers of each to lay a charge and to proceed with a prosecution are generally the same.[77] However, some differences do arise due to the Attorney General's wider responsibility for the administration of justice as a whole. In particular, some prosecutions require the consent of the Attorney General before a charge, private or otherwise, can be laid. In addition, the Attorney General is the guardian of the public interest, and as a result has powers and responsibilities beyond those of the private prosecutor.

We will discuss the consent requirement in more detail later in this paper.[78] For the moment, it suffices to point out that although the majority of *Criminal Code* provisions do not require consent, a small number do.[79] In the case of these offences, the Attorney General's

---

76. *R.* v. *Allen* (1862), 1 B.& S. 850 at 855, 121 E.R. 929. We suggest that this statement is equally applicable to Canada.

77. There are some differences with the carriage of a prosecution in the case of indictable offences, most notably regarding the right to prefer an indictment and to appeal the trial decision. These differences are discussed at greater length in *Private Prosecutions*, *supra*, note 70.

78. See "Consent to Prosecutions" below at 67.

79. Some of the offences that require the consent of the Attorney General prior to launching a prosecution are as follows:

s. 7(7)(aircraft offences) Attorney General of Canada
s. 119(2)(bribery of judicial officers) Attorney General of Canada
s. 136(3)(giving contradictory evidence) Attorney General
s. 164(7)(obscene publications, following *in rem* proceedings) Attorney General
s. 166(3)(unlawful publication, judicial publications) Attorney General
s. 172(4)(corrupting children) Attorney General
s. 174(3)(public nudity) Attorney General
s. 251(3)(unseaworthy vessel) Attorney General of Canada
s. 318(3)(advocating genocide) Attorney General
s. 319(6)(inciting hatred) Attorney General
s. 347(7)(loansharking) Attorney General
s. 385(2)(fraudulent concealment of title documents) Attorney General
s. 422(3)(criminal breach of contract) Attorney General
s. 740(2)(breach of probation out of province where offence committed) Attorney General
s. 803(3)(failure to appear under s. 145 where trial proceeded *ex parte*) Attorney General

Note that some sections specify that it is the Attorney General of Canada who must consent prior to a prosecution, for example s. 251(3), taking an unseaworthy ship to sea.

supervisory ability extends not merely to discontinuing prosecutions, but to preventing them from being brought in the first place. Unlike the ability to discontinue proceedings, this supervision takes place without the need for any public act. Thus, although the Attorney General is still accountable for this aspect of the supervisory role, that accountability is limited by the fact that the public may have no knowledge of the action, or lack of action, on the part of the Attorney General.

In the role of guardian of the public interest, the Attorney General may undertake actions other than criminal prosecutions. In particular, and for example, the Attorney General may be called upon to bring civil proceedings, by means of a relator action, to enjoin a public nuisance, or to prevent the repeated commission of an offence.[80] The Attorney General always has the right to bring such action. The abilities of a private citizen to do so are very limited, as is the ability of a court to review a decision of the Attorney General in this regard. It is in this role, in many ways, that the independent and supervisory role of the Attorney General is most clearly seen.

The ability of the Attorney General to exercise discretion has been recognized in both Britain and Canada. In discussing the issue, Lord Halsbury noted that:

> My Lords, one question has been raised,. . . which I confess I do not understand. I mean the suggestion that the Courts have any power over the jurisdiction of the Attorney-General when he is suing on behalf of a relator in a matter in which he is the only person who has to decide those questions. It may well be that it is true that the Attorney-General ought not to put into operation the whole machinery of the first law officer of the Crown in order to bring into Court some trifling matter. But if he did, it would not go to his jurisdiction, it would go, I think, to the conduct of his office, and it might be made, perhaps in Parliament, the subject of adverse comment; but what right has a Court of law to intervene? If there is excess of power claimed by a particular public body, and it is a matter that concerns the public, it seems to me that it is for the Attorney-General and not for the Courts to determine whether he ought to initiate litigation in that respect or not. . . . In a case where as a part of his public duty he has a right to intervene, that which the Courts can decide is whether there is the excess of power which he, the Attorney-General, alleges. Those are the functions of the Court; but the initiation of the litigation, and the determination of the question whether it is a proper case for the Attorney-General to proceed in, is a matter entirely beyond the jurisdiction of this or any other Court. It is a question which the law of this country has made to reside exclusively in the Attorney-General.[81]

It is also possible for a relator action to be taken by a private prosecutor. However, the power of a private prosecutor to bring such an action is strictly circumscribed.

If the action is one concerning which the private prosecutor has no special interest — that is, the action can only be justified on the basis of the public interest generally — then the consent of the Attorney General is required. The ordinary interest of any private citizen

---

80. See Edwards, *Law Officers*, *supra*, note 28 at 286ff.

81. *London County Council* v. *Attorney General*, [1902] A.C. 165 at 168-169. This case has been cited in Canada for the principle of the independence of the Attorney General in making these decisions: see *e.g.*, *Finlay* v. *Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607

is not sufficient to clothe that person with the same authority and standing as the Attorney General. This point was the subject of disagreement in Britain between the Court of Appeal and the House of Lords in *Gouriet* v. *Union of Post Office Workers*, with the House of Lords, of course, having the final say.[82]

In that case, a private citizen was refused the consent of the Attorney General to bring a relator action, and so sought to bring the action on his own. The Court of Appeal held that he had the right to do so, but the House of Lords overturned this decision. Lord Wilberforce noted that:

> The Attorney-General's right to seek, in the civil courts, anticipatory prevention of a breach of the law, is a part or aspect of his general power to enforce, in the public interest, public rights. The distinction between public rights, which the Attorney-General can and the individual (absent special interest) cannot seek to enforce, and private rights is fundamental in our law. To break it, as the plaintiff's counsel frankly invited us to do, is not a development of the law, but a destruction of one of its pillars. . . . More than in any other field of public rights, the decision to be taken before embarking on a claim for injunctive relief, involving as it does the interests of the public over a broad horizon, is a decision which the Attorney-General alone is suited to make.[83]

Thus, generally speaking, there is what has been described as "discretionary control of the Attorney General over public interest standing."[84] However, the Supreme Court has recognized a limited exception to this rule, according to which a private litigant may be granted standing to challenge the validity of legislation.

Of course, in one sense, it is generally open to a private litigant to challenge criminal legislation by means of a test case. By violating a law, a litigant can arrange to mount a court challenge to legislation, using that challenge as a defence in a prosecution. This right is very limited, particularly as the litigant, if unsuccessful, will be convicted of a criminal offence. More interesting from the perspective of the relationship between the Attorney General and private prosecutors is the ability of a private litigant directly to challenge a law.

The Supreme Court has recognized that there is a role for private citizens to play in this regard. Normally, to challenge legislation, a litigant must show a special interest beyond that of most people to be granted standing.[85] However, due to the decisions in *Thorson* v.

---

82. [1978] A.C. 435 (H.L.); rev'g [1977] 1 Q.B. 729 (C.A.).

83. *Gouriet*, *supra*, note 82 at 482 (H.L.).

84. *Finlay* v. *Canada (Minister of Finance)*, *supra*, note 81 at 618.

85. See *ibid.* at 619, where LeDain J. quotes *Boyce* v. *Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109 to the effect that:

> A plaintiff can sue without joining the Attorney-General in two cases: first, where the interference with the public right is such that some private right of his is at the same time interfered with. . .and, secondly, where no private right is interfered with, but the plaintiff, in respect of his public right, suffers special damage peculiar to himself from the interference with the public right.

Attorney General of Canada,[86] *Nova Scotia Board of Censors* v. *McNeil*,[87] and *Minister of Justice of Canada* v. *Borowski*[88] a slightly wider scope exists.

The facts in each of these cases differ, of course, but all hold that in some circumstances a private litigant should be granted standing to seek a declaration that particular legislation is invalid. In *Borowski*, for example, the court was faced with a challenge to the sections of the *Criminal Code* that allowed abortions on the approval of a hospital therapeutic abortion committee. The court considered the earlier decisions in *Thorson* and *McNeil*, as well as the possibility of the legislation in question being challenged by any other means. The court pointed out that the legislation was exculpatory, and therefore that no one directly affected by it would have any interest in challenging it. The court granted standing, laying down the rule that

> [T]o establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.[89]

Thus a private prosecutor can share to a very small extent in the public-interest jurisdiction of the Attorney General. However, the extent of this power in the private litigant should not be exaggerated. By implication, *Borowski* suggests that if the route of challenging legislation by means of being charged under it is open, though that route is less satisfactory from an individual's point of view, nonetheless a declaration cannot be sought.

In the final analysis, then, it remains to the Attorney General to be the primary guardian of the public interest, as well as supervising criminal prosecutions. The role of private prosecutors is very much subordinate to that of the Attorney General. By contrast, in supervising private prosecutions, and in determining what actions ought to be brought in the name of the state, the Attorney General is largely immune from review.

D. The Attorney General and the Courts

The Attorney General does not often appear personally in court, and so judicial scrutiny is more often directed at the Attorney General's agents, the Crown prosecutors. However, in certain circumstances decisions of the Attorney General personally are considered by the court.

---

86. [1975] 1 S.C.R. 138.

87. [1976] 2 S.C.R. 265.

88. [1981] 2 S.C.R. 575.

89. *Ibid.* at 598.

Decisions of the executive are reviewable by the courts.[90] In the context of this paper, the interesting question is the extent to which decisions of the Attorney General in relation to individual criminal cases — for example, to stay charges — are reviewable.

In *Campbell* v. *Attorney-General of Ontario*,[91] the Ontario Court of Appeal held that the courts would not interfere with an Attorney General's decision to stay proceedings absent "flagrant impropriety". The court upheld the decision of the trial judge, who had examined the reasons offered by the Attorney General's agent, and found them not to constitute flagrant impropriety.

In a similar case in Quebec, the judge at trial held that the Attorney General's decision could be overturned by the court if the Attorney General's reasons for staying the prosecution were not sufficient to "justify" the action.[92] The Quebec Court of Appeal overturned this decision, adopting reasons similar to those in *Campbell* v. *Attorney-General of Ontario*.[93] However, they also rejected the contention that the court could not review an exercise of the Attorney General's discretion at all, holding that a stay could be set aside if the Attorney General were shown to have acted with bias or had abused the law.[94]

Other decisions of an Attorney General may come under review. A duty of fairness in the exercise of statutory and discretionary power has recently been affirmed in Canadian law.[95] This duty allows for some judicial supervision of executive decisions; for example, it has been held to apply to the Minister of Justice when exercising a discretion under an extradition treaty to insist on assurances from the demanding state that no death sentence will be carried out,[96] or when considering an application for mercy under section 690 of the *Criminal Code*.[97]

This is not to say that every administrative decision is reviewable. It is doubtful, for example, that a decision to lay a charge would be, or should be, reviewable by the courts.

---

90. *Operation Dismantle Inc.* v. *R.*, [1985] 1 S.C.R. 441.

91. (1987) 35 C.C.C. (3d) 480 (Ont. C.A.); aff'g (1987) 31 C.C.C. (3d) 289 (Ont. H.C.). The case concerned a stay entered by the Attorney General of a privately commenced prosecution against the Morgentaler abortion clinic. The Attorney General stayed the prosecution, since the issue was still pending before the Supreme Court of Canada.

92. *Chartrand.* v. *(Quebec) Minister of Justice* (1986), 55 C.R. (3d) 97 (Que. S.C.).

93. *Attorney General of Quebec* v. *Chartrand; Machabee* v. *Chartrand* (1987), 59 C.R. (3d) 388 (Que C.A.). See also *Re Osiowy and R.*, *supra*, note 71, which requires proof of "flagrant impropriety" as the standard for interference with a decision by the Attorney General to stay charges.

94. *Attorney General of Quebec* v. *Chartrand; Machabee* v. *Chartrand,*; *supra*, note 93 at 390 and 393.

95. *Nicholson* v. *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311.

96. *Kindler* v. *Canada (Minister of Justice)*, [1987] 2 F.C. 145 (T.D.). Rouleau J. accepted that the minister had a duty to act fairly when exercising his discretion under Article 6 of the Extradition Treaty between Canada and the United States of America.

97. *Wilson* v. *Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (A.D.).

That decision undeniably affects an accused, but only by setting into motion a system which is itself equipped with protections for the rights of the accused.[98]

The decision to proceed with a charge may come before a court, however, not in the form of a judicial review of that decision, but in the context of an action for malicious prosecution against the Attorney General or a Crown prosecutor. Whether such an action is possible has recently been considered by the Supreme Court of Canada in the *Nelles* decision; until that decision, the Attorney General and Crown prosecutors enjoyed absolute immunity from prosecution in some provinces. The Supreme Court has now made it clear that the Attorney General does not enjoy such an immunity.[99]

The policy arguments in favour of immunity, which had been adopted by the Ontario Court of Appeal, were considered by Mr. Justice Lamer in his decision. He noted that the immunity was intended to encourage confidence in the impartiality of prosecutors and the Attorney General, and that the threat of personal liability could have a "chilling effect" on the prosecutor's exercise of discretion. Allowing civil suits, it had been argued, would create a flood of litigation distracting prosecutors from their regular duties.

The Supreme Court rejected these considerations. First, Mr. Justice Lamer suggested that public confidence in the justice system actually suffered from prosecutors enjoying freedom from civil liability, even in the face of abuse of power through a malicious prosecution. Further, he noted that an action for malicious prosecution was not simply a matter of second-guessing the judgment of a prosecutor; rather, "a plaintiff bringing a claim for malicious prosecution has no easy task",[100] and what needed to be proved was "deliberate and malicious use of the office for ends that are improper and inconsistent with the traditional prosecutorial function."[101] Given this, he suggested that the "chilling effect" was not likely to appear:

> [A]mple mechanisms exist within the system to ensure that frivolous claims are not brought. In fact, the difficulty in proving a claim for malicious prosecution itself acts as a deterrent.[102]

He noted that in Quebec, where the Attorney General and prosecutors have been liable to civil prosecution since 1966, there has been no flood of claims.

Further, Mr. Justice Lamer noted that preventing civil actions against the Attorney General and prosecutors might also act to prevent *Charter* remedies under subsection 24(1). An individual who has been maliciously prosecuted has suffered a deprivation of liberty and

---

98. This example is similar to the comparison made by Wilson J. in *Operation Dismantle Inc.* v. *R.*, *supra*, note 90, *e.g.*, where she contrasts the clearly unacceptable practice of "press gangs" with conscription for military service carried out in accordance with appropriate enabling legislation.

99. *Nelles* v. *Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170.

100. *Ibid.* at 194.

101. *Ibid.* at 196-197.

102. *Ibid.* at 197.

security of the person not in accordance with the principles of fundamental justice. Subsection 24(1) of the *Charter* should guarantee that person access to a court of competent jurisdiction to seek a remedy; immunity from civil liability would prevent that access. He noted this argument to be "a compelling underlying reason for finding that the common law itself does not mandate absolute immunity."[103]

At a minimum, it would seem that the Attorney General's powers must be used in way that is consistent with the *Charter*. However, it has been held that a stay of proceedings does not infringe the complainant's *Charter* rights,[104] and that an accused has no constitutional right to a preliminary inquiry.[105] The extent to which the Attorney General is subject to review short of "flagrant impropriety", therefore, is as yet unclear.

More frequently than they review decisions of the Attorney General, courts review and to a certain extent supervise the actions of the Attorney General's agent, the Crown prosecutor. The Crown prosecutor occupies a unique position in the Anglo-Canadian tradition which has sometimes been described as a quasi-judicial office.[106] Perhaps the best known expression of this concept comes from Mr. Justice Rand:

> It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.[107]

Although trial and appellate courts exercise considerable powers to guard against prosecutorial misconduct in the court, as in the presentation of the Crown's case, cross-examination of witnesses, particularly the accused,[108] disclosure to defence,[109] and in closing address,[110] the courts have recognized only a limited role in supervising the exercise

---

103. *Ibid.* at 196. Although Mr. Justice Lamer was writing for the majority, only two others of the six justices rendering the decision concurred with him on this point.

104. *Campbell* v. *Attorney General of Ontario*, *supra*, note 91.

105. See *Re R. and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (Ont. C.A.), and discussion of this point below at 89, in "Preferred Indictments".

106. See *e.g.*, *Re Forrester and R.* (1976), 33 C.C.C. (2d) 221 (Alta. S.C.T.D.) at 227.

107. *Boucher* v. *R.*, [1955] S.C.R. 16 at 23-24.

108. *R.* v. *Logiacco* (1984), 11 C.C.C.(3d) 374 at 383 (Ont. C.A.), per Cory J.A.:

> For a Crown prosecutor to deliberately persist in seeking answers to such irrelevant questions will very often lead to such a manifest appearance of unfairness that a new trial will be the inevitable result.

109. *R.* v. *Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276 (Ont. C.A.).

110. *R.* v. *Theakston* (1980), 53 C.C.C. (2d) 554 (Ont. C.A.).

of prosecutorial authority outside the courtroom. This can be easily understood in view of the perceived need for independence of both the judiciary and the prosecutor.

The Commission's Working Paper on *Control of the Process*[111] discussed the distinction between the roles of the Crown and the judiciary. We suggested there that the division of power between the two should rest on a distinction between political and non-political aspects of the administration of justice. In that context, we considered an aspect "political" if

> [I]t involves a decision whether or not to enforce a particular law; it involves the question of allocation of resources in terms of money, facilities and personnel; it is an issue amenable to solution according to public opinion of a particular time and place; it is one that subjects the decision-maker to these pressures of public opinion and to the possibility of a sanction, such as accountability to the legislature or the electorate, or dismissal from office.[112]

As a general rule, it can be stated that the courts will not intervene in the exercise of prosecutorial authority either in or out of the court unless there has been an abuse of that authority. This may be manifested as an abuse of power, breach of duty, unfairness or injustice to the accused, possible miscarriage of justice, or conduct that brings the administration of justice into disrepute. Thus in rare circumstances a trial judge will require a prosecutor to make additional disclosure to the accused or direct that certain witnesses be called.[113] A trial court may intervene to prevent admission of prejudicial evidence, or abusive cross-examination of an accused. Appellate courts have quashed convictions where the trial is tainted by improper prosecutorial tactics such as appeal to prejudice through an improper jury address.[114]

The ability to try the accused repeatedly is confined by legal doctrines of double jeopardy.[115] The most difficult area to quantify, however, is embraced by the doctrine of abuse of process. In this area there are no hard rules nor easily recognized principles. As well, several elements of the prosecutorial and judicial function make judicial control over prosecutions difficult to reconcile. In the first place the independence of the Attorney General militates against accountability to any other branch of government. Secondly, the traditional function of the judiciary is to determine the guilt or innocence of the accused based on the evidence presented. The judiciary seem ill-equipped to determine what cases ought to be brought before the courts and it might be thought improper for them to be involved in this aspect of the prosecutorial function. As Viscount Dilhorne said in *Director of Public Prosecutions* v. *Humphrys*:

---

111. LRC, *Criminal Procedure: Control of the Process*, Working Paper 15 (Ottawa: Information Canada, 1975).

112. *Ibid.* at 33.

113. See *e.g.*, *R.* v. *Gudbrandson* (1986), 53 C.R. (3d) 20 (B.C. Co. Ct), overturned on another point, (1987) 61 C.R. (3d) 80 (B.C.C.A.).

114. *Pisani* v. *R.*, [1971] S.C.R. 738.

115. *R.* v. *B.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 365 (Ont. C.A.). The Commission's forthcoming Working Paper *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts* discusses the doctrine of double jeopardy more fully.

> A judge must keep out of the arena. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. The functions of prosecutors and of judges must not be blurred. If a judge has power to decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval.[116]

This statement might be criticized as somewhat simplistic; the fact that a court feels it necessary to intervene to prevent an abuse of its process in one case does not mean that the judicial and prosecutorial functions will become hopelessly blurred in all cases. Nevertheless the cautionary note registered by Viscount Dilhorne does emphasize that the court's role in supervision of the prosecutorial function, through the abuse-of-process doctrine, can only legitimately flow out of the court's need to preserve the integrity of its process. The courts cannot be expected to undertake a more general supervision of the prosecutorial function under the rubric of abuse of process. Clearly the judiciary cannot be expected to exercise a discretion based only on a vague notion of unfairness, but likewise cannot abdicate their "responsibility for seeing that the process of law is not abused."[117]

After considerable uncertainty in the Supreme Court of Canada and in the lower courts, the Supreme Court has recognized a jurisdiction in trial courts to stay proceedings for abuse of the court's process. In *R.* v. *Jewitt*, Chief Justice Dickson stated, for the Court:

> Lord Devlin has expressed the rationale supporting the existence of a judicial discretion to enter a stay of proceedings to control prosecutorial behaviour prejudicial to accused persons in *Connelly* v. *Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) at p. 1354:
>
> > "Are the courts to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or who are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused."
>
> I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R.* v. *Young*, *supra*, and affirm that [at p. 31]:
>
> > "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings."
>
> I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases."[118]

---

116. [1976] 2 All E.R. 497 at 511 (H.L.).

117. *Connelly* v. *Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401 at 442 (H.L.) *per* Lord Devlin.

118. [1985] 2 S.C.R. 128 at 136-137.

It would serve no particular purpose to catalogue the various instances where courts prior to *Jewitt* found an abuse of process so serious as to require a stay of proceedings despite the merits of the particular case.[119] There are several hundred reported cases in the past twenty years which have considered particular fact situations including the withdrawal and relaying of charges, entrapment, and reneging on an agreement to withdraw charges in exchange for co-operation with the authorities. As former Chief Justice Laskin stated in *Rourke* v. *The Queen* after reviewing the exercise of the power to stay proceedings in the lower courts:

> I have paraded this long list of cases to show how varied are the fact situations in which Judges of different levels and of different Provinces have used abuse of process as a way of controlling prosecution behaviour which operates prejudicially to accused persons. I pass no judgment on the correctness of any of the decisions, but they do indicate by their very diversity the utility of a general principle of abuse of process which judges should be able to invoke in appropriate circumstances to mark their control of the process of their Courts and to require fair behaviour of the Crown towards accused persons.[120]

What these cases do illustrate, however, is that in some instances the prosecutor does not operate fairly, does proceed in circumstances where it is fundamentally unjust to do so, and that courts are capable of addressing these problems.

In summary, then, the actions of the Attorney General are reviewable by the courts, but only in extreme or unusual circumstances. "Flagrant impropriety" on the part of the Attorney General can attract a judicial remedy. The doctrine of abuse of process may apply to provide judicial review of decisions either of the Attorney General personally, or of Crown prosecutors.

E. The Attorney General and the Police

At the time of Confederation and for a considerable period thereafter, the federal Attorney General had responsibility for the national police. Today at the federal level[121] and in some provinces,[122] responsibility for the police is given to a minister other than the Attorney General, usually, as at the federal level, the Solicitor General.

---

119. There are many excellent articles on abuse of process. In addition to the discussion in Stenning, *supra*, note 6 at 329ff., see *e.g.*, J. Olah, "The Doctrine of Abuse of Process: Alive and Well in Canada" (1978) 1 C.R. (3d) 341; Morgan, *supra*, note 40; P. Béliveau, J. Bellemare, J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale*, vol. 1 (Montréal: Yvon Blais, 1981) at 49-51; C. Lacerte-Lamontagne, "L'abus de procédure en droit pénal" (1982) 42 R. du B. 69; J.-C. Hébert, "La Charte canadienne et le contrôle de la discrétion ministérielle du Procureur général en droit criminel" (1986) 46 R. du B. 343.

120. [1978] 1 S.C.R. 1021 at 1034.

121. At the federal level, the RCMP are responsible to the Solicitor General. For further discussion of this relationship, see also: Stenning, *supra*, note 23 at 65-97 and A. Grant, *The Police: A Policy Paper*, Study Paper prepared for the LRC (Ottawa: Supply and Services Canada, 1980) at 16-20.

122. The provinces of Nova Scotia, New Brunswick, Quebec, Ontario, Alberta, and British Columbia each have a separate ministry responsible for the supervision of the police. In Quebec, the minister is known as the Minister of Public Security. In each of the other provinces, the minister is called the Solicitor General.

The relationship between the police and the Attorney General or other supervising law officer in Canada is complex. Under our federal structure, both federal and provincial governments have jurisdiction over policing, different ministers are responsible for police in different jurisdictions, and in addition, a number of contractual relationships concerning policing exist between the federal government and several provinces. All of this results in some lack of clarity concerning a relationship that is not well understood or defined in any event.

In England, however, the classic statement of the relationship was made by Lord Denning in *R.* v. *Commissioner of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn*, where he stated:

> I hold it to be the duty of every Commissioner of Police of the Metropolis, as it is of every chief constable, to enforce the law of the land. He must take steps so to post his men that crimes may be detected; and that honest citizens may go about their affairs in peace. He must decide whether or no suspected persons are to be prosecuted; and, if need be, bring the prosecution or see that it is brought. But in all these things he is not the servant of anyone, save of the law itself. No Minister of the Crown can tell him that he must, or must not, keep observation on this place or that; or that he must, or must not, prosecute this man or that one. Nor can any police authority tell him so. The responsibility for law enforcement lies on him. He is answerable to the law and to the law alone.[123]

In Canada, cases discussing the independence of the police date back 100 years.[124] These cases primarily concerned vicarious liability of various levels of government for the acts of the police, finding that such liability did not exist. It has been suggested that these cases show that:

> The basis for this non-liability is the status of a constable as a "peace officer" when performing his public duties with respect to the enforcement of the law and the preservation of the peace. When performing such duties, the constable acts not as the servant or agent of the municipality, board or government that appoints him, but as a public officer whose duties are owed to the public at large.[125]

In a recent Ontario case, Crown counsel in remarks to the court discussed the relationship between the Attorney General and the police, attributing the position the Crown was taking to the Attorney General of Ontario. Counsel stated that:

---

123. [1968] 2 Q.B. 118 at 136 (C.A.). While holding that the police were free of direction from the executive, and had a largely unfettered discretion, Lord Denning did hold that the courts could interfere with some police policy decisions.

124. *Wishart* v. *City of Brandon* (1887), 4 Man. R. 453 (C.A.); *Rousseau* v. *La Corporation de Lévis* (1888), 14 Q.L.R. 376 (S.C.). See Stenning, *supra*, note 23 at 101-109 regarding these and other early cases.

125. Stenning, *supra*, note 23 at 109. Stenning also notes that notes that the subsequent case of *Chartier* v. *Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474 reaches a contrary conclusion on liability, but points out that liability on this ground was not contested in the case.

> Constitutional authority in this country, and the United Kingdom, makes it plain that the decision to investigate alleged offences and to lay charges is the *constitutional responsibility* of the police. The Crown Law Office must determine how and when to proceed with the charges once they are laid.[126]

A similar position has been stated by former Prime Minister Trudeau. In 1977, in discussing the relationship between the Solicitor General and the RCMP, the Prime Minister stated that the government was guided by the principle

> [T]hat the particular minister of the day should not have a right to know what the police are doing constantly in their investigative practices, what they are looking at, and what they are looking for, and the way in which they are doing it.[127]

These authorities suggest that police in Canada enjoy a position similar to that described by Lord Denning in *Blackburn*. However, there are some indications otherwise.

The police in Canada today are governed by statute. At the federal level and in each province, legislation establishes the powers and duties of police officers.[128] Typically this legislation makes the police subject to direction from the minister responsible or some other body; for example, section 5 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*[129] notes that the Commissioner of the police shall have the control and management of the force "under the direction of the Minister". Since the powers and status of the police are defined by statute in Canada, this might be taken to indicate that the minister responsible can instruct the police to observe or investigate particular matters.

Further, the *Blackburn* decision has been discussed in Canadian cases, most notably in *Bisaillon* v. *Keable*.[130] In that case, the Quebec Court of Appeal distinguished *Blackburn* on the facts from the situation in Quebec. Mr. Justice Turgeon noted that the police in England enjoy great autonomy; in Quebec, they were under the supervision of the Minister of Justice

---

126. The remarks of Crown counsel are set out in *Campbell* v. *Attorney General of Ontario, supra*, note 91 at 292; emphasis added. The case involved the decision to stay proceedings on abortion charges against Dr. Henry Morgentaler while the Supreme Court of Canada appeal in a previous prosecution concerning the same issue was still pending. It is not clear, as will be discussed shortly, that it is correct to describe the responsibility of the police as a constitutional one.

127. Quoted in Edwards, *Ministerial Responsibility, supra*, note 48 at 94. Edwards is critical of this position, holding at 96 that "it treats knowledge and information as to police methods, police practices, even police targets, as necessarily synonymous with improper interference with the day to day operations of a force." However, Edwards does agree with the principle of non-interference in police decision-making.

128. *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10; *The Constabulary Act* (now *The Royal Newfoundland Constabulary Act*), R.S.N. 1970, c. 58; *Police Act*, R.S.N.S. 1989, c. 348; *Police Act*, S.N.B. 1977, c. P-9.2; *Police Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-11; *Police Act*, R.S.Q. 1977, c. P-13; *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381; *The Provincial Police Act*, R.S.M. 1987, c. P150; *Police Act*, R.S.S. 1978, c. P-15; *Police Act*, S.A. 1988, c. P-12.01; *Police Act*, R.S.B.C. 1979, c. 331.

129. *Supra*, note 128.

130. (1980), 17 C.R. (3d) 193 (Que. C.A.).

(they are now under the Minister of Public Security), who has responsibility for all aspects of the administration of justice in the province. Turgeon J. also suggested that stricter prosecutorial control in Quebec meant that the decision whether to lay charges in that province lay with the prosecutor's office rather than with the police. As a result, he held that *Blackburn* was not applicable in Quebec.

Stenning has been critical of the reasoning in this decision,[131] which appears not to have been followed in other provinces. The *Bisaillon* decision has been overturned by the Supreme Court of Canada, but on other grounds; the Supreme Court declined to address these particular issues, holding that they were not essential to the decision.[132]

Blackburn was also considered in *Wool* v. *The Queen*,[133] though that case considered a different aspect of *Blackburn*. In *Wool*, a staff sergeant in the RCMP sought to enjoin his Commanding Officer from preventing him from continuing an investigation against a former Minister of Justice of the Yukon. In refusing to grant the injunction, the court held that the Commanding Officer's duty to investigate was owed to "the Crown, or the public at large".[134] At the same time, the court noted that, due to section 18 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, "whereas the plaintiff has a right to lay an information, that right is not absolute, but subject to the orders of the Commissioner."[135]

On the one hand, then, *Wool* agrees with *Blackburn* that the duty of a police officer to investigate is owed to the public at large, not to the executive. However, the case also affirms that the rights of an officer in this regard can be limited by statute. Presumably, therefore, the rights of a police officer could be made directly subject to control of the executive (as, at least in the case of the RCMP, they arguably now indirectly are[136]) by a simple statutory amendment.

A further factor complicating control over the police is created by the division of powers in the Constitution. Both the federal and provincial governments have enacted legislation concerning police forces within their jurisdiction; nonetheless, in seven of the ten provinces policing is in fact provided on a contract basis by the RCMP.[137] As a result, in those provinces the same police force is potentially subject to direction from more than one level of government. Litigation has made it clear that generally speaking, the RCMP remain subject

---

131. Stenning, *supra*, note 23 at 124-126.

132. *Attorney General of the Province of Quebec* v. *Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218.

133. (1985-86) 28 C.L.Q. 162 (F.C.T.D.).

134. *Ibid.* at 166.

135. *Ibid.*

136. Section 18 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, supra, note 128, makes each officer, in the performance of duties, "subject to the orders of the Commissioner", while s. 5 of the Act puts the Commissioner "under the direction of the Minister".

137. Ontario, Quebec, and Newfoundland have established separate police forces, though the RCMP also provide police services in Newfoundland.

exclusively to the federal government, but the extent to which provincial governments might have power to direct the RCMP has not been entirely settled.[138]

Police officers are placed within a bureaucratic structure, taking direction from superior officers who, importantly, are responsible for their supervision and discipline.[139] Their superiors in turn are located within the hierarchy of governmental authority, and are ultimately accountable to a responsible minister. The challenge within such a system is the maintenance of the proper degree of independence consistent with the appropriate measure of accountability.

---

138. See, *e.g.*, *Attorney General of the Province of Quebec* v. *Attorney General of Canada*, *supra*, note 132, which decided that a provincial Board of Inquiry did not have the jurisdiction to examine the administration and management of the RCMP. In that case, the inquiry was established by the province of Quebec, which is one of the provinces not served by the RCMP. In *Attorney General of Alberta* v. *Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267, the Supreme Court considered whether the province of Alberta, which is served by the RCMP, had the jurisdiction under its own *Police Act* to investigate and discipline RCMP officers. The court held that Alberta did not have this power; however, Stenning in *Legal Status of the Police*, *supra*, note 23 at 76 has suggested that the court's reasoning leaves open the possibility that a province might have the power to investigate but not discipline members of the RCMP.

139. *Wool* v. *R.*, *supra*, note 133.

CHAPTER TWO

The Need for Reform in the Present Law

I. Introduction

Our review of criminal procedure has stressed the need for a principled approach to law reform. The principles to be applied are discussed in depth in *Our Criminal Procedure*.[140] The application of those general principles to the control of prosecutions is a complex task. The Attorney General and, to a lesser extent, the Attorney General's counsel and agents, are entrusted with very broad powers, which are subject to very limited controls. Yet, as one judge has stated, we "cannot conceive of a system of enforcing the law where some one in authority is not called upon to decide whether or not a person should be prosecuted for an alleged offence."[141] However, the need for broad powers does not preclude restraint, or that those who exercise the powers be accountable, that the parameters of the powers be clear, and that they be fairly exercised. No one of these principles should be given invariable precedence over the others, and they cannot be enforced so rigorously that the system becomes hopelessly inefficient. The system must also be open to public view and criticism.

We accept the general proposition that the majority of daily decisions involving the use of prosecutorial discretion need not be subject to judicial review, and that, to a considerable extent, the preservation of the high standards demanded of the Attorney General will continue to depend on the personal integrity of the office holder. Nonetheless greater clarity in the nature of the powers of the Attorney General would be achieved if the Crown's common-law powers were codified. The balancing of these principles with the need to provide broad discretionary powers to the Attorney General is the focus of many of our recommendations.

Although the powers of the Attorney General are an important starting point in a consideration of the office, the nature of the office itself, and the mix of responsibilities within it, are also of significance. This area of study has become more important with the advent of the *Charter*. As head of the prosecution staff for the federal government, the

---

140. LRC, *Our Criminal Procedure*, Working Paper 32 (Ottawa: The Commission, 1988).

141. *R.* v. *Court of Sessions of the Peace, Ex Parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244 at 248 (Que. C.A.), quoted with approval in *Smythe* v. *R.*, [1971] S.C.R. 680 at 686.

Attorney General has in several important cases advocated, through counsel, a narrow interpretation of the rights of the individual under the *Charter*, in an apparent attempt to minimize its impact on law-enforcement techniques and prosecutions.[142] On the other hand, the Supreme Court has stated that the *Charter* should receive a "broad and liberal" interpretation,[143] an approach the Attorney General should adopt when advising on legislation in the role of Minister of Justice.

These same tensions surface when the Attorney General considers the reform of criminal law. Restraint in the intrusion into the lives of individuals must be balanced with the requests of police and prosecutors for "tougher, more effective laws", which ultimately means giving those officials broader powers. We will therefore first consider whether these potentially conflicting roles can best be served by a single ministry, or whether a different division of responsibilities is desirable.

II. The Structure of the Department of Justice and the Department of the Solicitor General

A. The Department of Justice

We have noted that in Canada, the offices of Attorney General and Minister of Justice are combined by statute in one person. This fact is reflected in the structure of the department, and the administrative arrangements that are made for control of the criminal prosecution service.

Below the ministerial level, the Department of Justice is headed by the Deputy Minister of Justice, who is by statute also the Deputy Attorney General. The next most senior officials are three Associate Deputy Ministers, responsible for civil law, for litigation, and for public law.[144]

Criminal prosecutions are conducted by the Criminal Law Branch. That branch is headed by an assistant deputy attorney general who reports to the Associate Deputy Attorney General, Litigation. The Litigation Sector also includes branches dealing with civil and tax matters (each headed by an assistant deputy attorney general), and the Chief General

142. See, *e.g.*, *R.* v. *Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301, where the Attorney General argued in favour of writs of assistance, or *R.* v. *Smith*, *supra*, note 69, where the Attorney General argued in favour of a minimum seven-year jail term for importation of narcotics.

143. See *Hunter* v. *Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 at 154-155; and *Law Society of Upper Canada* v. *Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357 at 365ff.

144. *Department of Justice Act*, *supra*, note 30, s. 3(2). The information in this section is drawn from: Department of Justice, *Annual Report 1988-1989* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1990). A flowchart is attached to this paper as Appendix C, showing the organizational structure of the Department of Justice.

Counsel, who conducts complex litigation which requires counsel of particular seniority and expertise.

Government bills and amendments are prepared by the Legislative Programming Branch, which is under the supervision of the Associate Deputy Minister, Civil Law. However, "Criminal Law Branch counsel are consulted on amendments to the *Criminal Code*, on legislative proposals pertaining to criminal law, and on the development of criminal law policy and programs".[145]

It will be seen from this arrangement that the prosecution service does not enjoy any particular structural independence. Rather, it is an integrated part of the department, with each more senior supervisory office being part of the general bureaucracy. In addition, the policy making functions of the Minister of Justice are conducted through the same ministry as the prosecution service, and indeed amendments concerning criminal law are made after consultation with the prosecution service.

It is our suggestion that each of these situations — the lack of independence of the prosecution service, and the combining of the functions of the Minister of Justice and the Attorney General — creates potential difficulties for the proper administration of justice. We shall consider each situation in turn.

1. Dividing the Offices of Minister of Justice and Attorney General

(a) Overview

One major source of concern within the present structure of the Department of Justice is the potential for improper political interference with the prosecution service. This problem will be addressed below. However, other sources of potential difficulty, entirely removed from this issue, also exist.

Generally speaking, these problems arise from the conflicts between the different roles that the combined Minister of Justice and Attorney General is required to fill. In essence, the problem is this: the job of Minister of Justice is primarily a neutral one. The Minister of Justice is legal adviser to the Cabinet, including certifying legislation to be in accordance with the *Charter*,[146] has the primary responsibility for formulating the legal policy of the government, and is responsible for the court system and the administration of justice. These are all tasks that require a completely even-handed approach. However, the same minister, as the Attorney General, is in charge of the prosecution service. This task cannot, despite the Crown prosecutor's duty to act fairly, really be described as a neutral one; rather, the Crown prosecutor is effectively a partisan participant in the administration of justice. When the same department is in charge of both of these functions, therefore, there is inevitably a

145. Department of Justice, *supra*, note 144 at 19.

146. *Department of Justice Act*, *supra*, note 30, as amended by S.C. 1985, c. 26, s. 106.

danger, or at the very least a possible perception, that tasks which should be carried out in an even-handed manner will be influenced by and therefore favour the prosecution.

Consider, for example, the task of certifying legislation to be in accordance with the *Charter*. As noted earlier, the Supreme Court of Canada has made clear that the *Charter* is to receive a "broad and liberal interpretation",[147] and so it is appropriate for the Minister of Justice to take such an approach in considering the validity of legislation. In this role, therefore, the Minister of Justice should be adopting an attitude that preserves and protects individual rights, and should not certify legislation that threatens them.

The Attorney General, on the other hand, is responsible for prosecutions, and in that role would understandably and properly desire tough legislation that assisted law-enforcement purposes. Such legislation could readily pose a threat to the individual rights guaranteed under the *Charter*, and so should be particularly closely scrutinized for validity before being certified. However, when this scrutiny is conducted by the very person most interested in having the legislation passed, there is room for concern that the scrutiny may not be as independent as is desirable.[148]

By the same token, the stance taken in litigation by counsel representing the Attorney General is likely to be in conflict with the "broad and liberal" approach required of the Minister of Justice. Since the *Charter* is only applicable when some degree of government involvement exists,[149] counsel for the Attorney General will normally be involved in *Charter* challenges, and normally will be arguing against the challenge. Thus, for example, in *Hunter* v. *Southam Inc.*,[150] counsel for the Attorney General had argued to uphold the search and seizure provisions of the *Combines Investigations Act*.[151] Subsequently counsel for the Attorney General have argued in favour of the validity of writs of assistance,[152] and of a minimum seven-year jail term for the importation of narcotics,[153] provisions which the

---

147. See *Hunter* v. *Southam Inc.*, *supra*, note 143, and *Law Society of Upper Canada* v. *Skapinker*, *supra*, note 143.

148. Consider, *e.g.*, s. 487.2 of the *Criminal Code*. This subsection, which restricts the type of publicity that can be given to search warrants, was certified by the Minister of Justice. The legislation has since been struck down by lower courts in two jurisdictions as violating the *Charter*: see *Canadian Newspapers Co.* v. *Attorney-General of Canada*, (1986), 28 C.C.C. (3d) 379 (Man. Q.B.) and *Canadian Newspapers Co.* v. *Attorney-General of Canada* (1986), 29 C.C.C. (3d) 109 (Ont. H.C.). The Minister chose not to appeal these lower court decisions, but instead opted to treat the legislation as inoperative. This suggests that, after the fact, the Department of Justice considered the legislation anew, agreeing that it violated the *Charter*. It is not clear why the Department did not reach this conclusion before originally certifying the legislation.

149. Section 32 of the *Charter* states that it is applicable "to the Parliament and government of Canada" and "to the legislature and government of each province". The exact limits of the applicability and degree of government involvement necessary to call the *Charter* into play have not been fully determined: see, *e.g.*, *RWDSU* v. *Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

150. *Supra*, note 143.

151. R.S.C. 1985, c. C-34.

152. *R.* v. *Hamill*, *supra*, note 142.

153. *R.* v. *Smith*, *supra*, note 69.

Supreme Court of Canada found to violate the *Charter*. In practice, the motivation of preserving what are seen to be effective law-enforcement techniques frequently requires counsel for the Attorney General to adopt a different attitude from that of the Minister of Justice, and to argue for a narrow and limited interpretation of the rights guaranteed in the *Charter*.

A different manifestation of this conflict is seen in having the same office responsible for both the prosecution service and legal aid. A significant portion of legal-aid work consists of defending those charged with crimes.[154] Thus, to a large extent, the same law officer is ultimately responsible for both prosecution and defence. In deciding on the allocation of funds or other support services between these two services, then, the Attorney General faces a clear potential for conflict.

Further, the same minister who directs the prosecution arm of the government not only appoints the judges before whom Crown counsel appear, but also negotiates with those judges about questions such as their level of remuneration and pension benefits. At the very least, one must question whether justice appears to be done when the person who selects and pays judges is the chief prosecutor.

Potential for conflict also exists when agents of the Attorney General are required to investigate or prosecute others within the Department of Justice, or associated with it. For example, in the recent ticket-fixing scandal in the province of Manitoba, the police and the Crown office, both under the jurisdiction of the provincial Attorney General, investigated and prosecuted a number of persons, including two Provincial Court judges and one magistrate — all three of whom were part of a court system also administered through the Attorney General's department. As former Manitoba Chief Justice Dewar remarked in his review of the handling of the scandal:

> The Criminal Justice Division of the Department of the Attorney-General (the Crown Office) was not the appropriate instrument for exercising Crown prosecutorial independence when the integrity of a court system, organized and administered by that Department, is in question. In the circumstances, given the present organization of the Department, Crown office officials and prosecutors cannot be viewed as independent. This ticket-fixing affair demonstrates a point at which internal conflict arises and independence of the prosecutorial role breaks down.[155]

Quite apart from the question of investigating those employed by the same department, the Dewar Report shows instances of other potential conflicts that we have noted arising from having the prosecution service tied too closely to the rest of the Attorney General's department. For example, correspondence quoted in the report shows a concern on the part of the Director of Criminal Prosecutions over a possible conflict in his roles. On the one hand, he was negotiating a plea bargain with counsel for one of the Provincial Court judges.

---

154. The report of the National Task Force on the Administration of Justice, *Legal Aid Services in Canada 1977-78* [s. l.]: The Task Force, 1979) at 7-8 noted that in 1977-78, 42% of legal-aid cases were criminal matters, and that the federal government paid 48% of the cost of criminal-related expenditures.

155. *Dewar Review*, *supra*, note 3 at 64.

On the other hand, through his involvement in the Department of Justice, he was involved in discussions that determined whether that same judge would be eligible for particular pension benefits. As Mr. Justice Dewar notes:

> Pure expediency influenced the Crown to participate in the plea bargains, and to employ as bargaining leverage an ability to arrange an enhanced pension benefit in one case and continued employment in the other, both being arrangements made by or through the intervention of senior officials in the Department of the Attorney-General, contacted by solicitors for the accused. Crown counsel in both cases recognized an ethical dilemma, but carried on, their independence compromised.[156]

Of course, no matter what arrangements are made, there remains the possibility of conflict when the prosecution service is required to investigate itself. In any case where a direct internal conflict of this sort arises, it would remain open to the Attorney General or the Director to appoint outside counsel to handle specific cases, but it is preferable to avoid this type of *ad hoc* arrangement when possible. The greater the extent to which the prosecution service is isolated from the other aspects of the administration of justice, and indeed of the Attorney General's department, the less likely this potential conflict becomes.

The conflict can also be looked at from the other perspective: one could suggest that the Attorney General's duty to represent government departments, not just in criminal but in civil matters, can be compromised by the duty, as Minister of Justice, to consider issues impartially. A department that wished to argue for a broad construction of its statutory powers to conduct searches and effect seizures, for example, might not feel adequately represented by counsel who also has a duty to advocate the least governmental interference with personal liberty that is consistent with the protection of society.[157]

Indeed, a situation similar to this arose in *Re Blainey and Ontario Hockey Association*.[158] The plaintiff, a twelve-year-old girl, was suing the Ontario Hockey Association, after the Ontario Human Rights Commission had held that its governing legislation allowed the particular form of discrimination of which she complained, thus preventing it from entertaining her complaint. The Human Rights Commission was also named in the action. In the Court of Appeal, Mr. Justice Finlayson in dissent noted the difficulty faced by counsel for the Commission: she was apparently representing only the Commission, not the Attorney General, though Finlayson J. noted that the Attorney General would have been the appropriate person to have instructed counsel. In addition, although the Commission had relied upon its governing legislation to refuse the plaintiff's complaint, counsel for the Commission agreed that the Attorney General had publicly stated that the governing legislation in question ought to be changed, and indeed argued in the case that the legislation was unconstitutional. Counsel representing the government was therefore placed in the

---

156. *Ibid.* at 65.

157. In this regard, note the comments of Ian Scott, to the effect that an Attorney General might feel compelled to take a fellow minister to court to prevent an unconstitutional course of action, discussed above at 10.

158. (1986) 54 O.R. (2d) 513 (C.A.).

position of defending the actions of the commission, based on limitations in the law, but at the same time for policy reasons being opposed to those limitations.[159]

There have been recognized instances in which a conflict has been noted between the policy and litigation functions of the Department of Justice. For example, the Canadian Human Rights Commission is under the auspices of the Minister of Justice, reporting to Parliament through that law officer. On more than one occasion, it has been observed that this arrangement creates a potential conflict:

> The Minister of Justice is also the Attorney General of Canada and, as such acts for government agencies and departments in any litigation concerning them, including litigation in which they take an adversarial position vis-à-vis the Canadian Human Rights Commission.[160]

Despite several internal requests and external recommendations, this arrangement has not been changed.[161]

Similarly, arrangements concerning the Court Challenges Program, established to fund private challenges to legislation under the *Charter*, has been criticized:

> The Court Challenges Program was an important initiative. It helped litigants obtain a number of important judicial decisions in the area of language rights. However, it had a major weakness. The Department of Justice participated in determining who received financial assistance in litiga[illegible]. yet its own lawyers could be acting for a government

---

159. In "Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980s" (1989), 39 U.T.L.J. 109, Ian Scott discusses his involvement in this case as Attorney General. He notes that his department agreed that the section was unconstitutional, and had prepared but not yet had passed by the legislature an amendment.

    Scott also notes that the position his department was able to take in that case was made easier by two factors. First, the case was a civil one, dealing with a provincial statute. He notes at 123-124 that a more difficult question arises when a provincial Attorney General forms the opinion that a federal law, such as a section of the *Criminal Code*, is unconstitutional. He notes that he has "not yet formed a clear view based on principle about this issue", but suggests that "it is appropriate for a provincial attorney to pay a significant degree of deference" to the determination of the federal Attorney General.

    Second, he notes that in *Blainey* the Cabinet agreed with his advice that the section was unconstitutional. In other cases, he suggests at 126, based on considerations other than those appropriate to the Attorney General, "[t]here is every chance that an attorney general may face the fact that the Cabinet will not accept advice to concede the unconstitutionality of a civil enactment".

160. Canadian Human Rights Commission, *Annual Report 1979* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1980) at 15.

161. See, *e.g.*, the annual reports of the Human Rights Commission for 1979, 1980 and 1981. The commission withdrew the request without explanation in its 1983 report. However, two subsequent independent reviews have also recommended that the arrangement be changed; see House of Commons, Special Committee on Participation of Visible Minorities in Canadian Society, *Equality Now! Report of the Special Committee on Visible Minorities in Canadian Society* (Ottawa: Queen's Printer, 1984) and House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (Ottawa: Queen's Printer, 1985).

department involved in that litigation. This put the Department in a position of potential conflict.[162]

Responsibility for the Court Challenges Program has since been handed over to the Canadian Council for Social Development.

(*b*) Recommendations

The Commission has decided not to make, at this time, any recommendations regarding dividing the functions of Attorney General from those of the Minister of Justice, and creating two separate ministries. It is our opinion that a strong case exists for doing so, but that other issues, particularly in the non-criminal field, need to be considered before any final arrangement can be proposed.

One major reason for splitting the department is the potential prosecutorial bias created by having new legislation prepared and certified by the department which conducts prosecutions. Therefore, if the department were to be split, we suggest that all litigation, both civil and criminal, should be handled by the Attorney General. In addition, we feel it would likely be appropriate for the Attorney General to take on the role of legal adviser to Cabinet and government departments, at least in the context of advising the government of what its obligations are under the existing law. This advisory role would be, we feel, similar to that between any client and counsel.

In drafting new legislation, advising on the appropriate policy for new laws, and certifying the consitutional validity of that legislation, however, in our view the Minister of Justice would be the appropriate person to act. Similarly the Minister of Justice would keep responsibility for court administration and the administration of justice generally, since these are tasks best undertaken by a party not required to appear in those courts. Law reform is also appropriately grouped with these functions. Responsibility for legal aid does not fit neatly with either ministry, but less potential conflict exists when it is placed with the Minister of Justice.

We do not make any final recommendations in this regard for several reasons. First, we acknowledge that making such a major structural change in the office of the Attorney General will have an effect on the role the office-holder can and will play in Cabinet. Some of our consultants have suggested that if there are three law officers in Cabinet (Minister of Justice, Attorney General, and Solicitor General), the influence of each, particularly the former two, will be diminished. There is potential for this to have a detrimental effect on the administration of justice.

In addition, it must be noted that the Attorney General/Minister of Justice also has responsibilities in the non-criminal sphere. All legislation, whether criminal or not, is prepared through the Minister of Justice. All litigation, both civil and criminal, is conducted through the Attorney General. Although splitting the two departments is desirable based on

---

162. *Equality for All, supra*, note 161 at 133.

criminal law considerations, there will be a major impact on the other public-law aspects of the department. Without studying those issues, it would be unwise to propose major structural change. We anticipate that the Commission will return to this issue and make recommendations in this regard in a later Working Paper.

Finally, we feel that we are able to address the problems inherent in the combined office, at least partly, without proposing a division. We have earlier discussed the need for the Crown prosecution service to be insulated from potential political pressure.[163] For that reason, in the next section we will propose the establishment of an independent office of Director of Public Prosecutions to handle criminal prosecutions. By its very nature, this office will have to be administratively separated from the rest of the Department of Justice. The main purpose of this separation, of course, is to protect the prosecution service from political pressure. Equally, however, establishing this office will serve to create a greater division between the prosecutorial and policy-making segments of the ministry. We expect that this separation will have a salutary effect on the potential conflicts we have noted.

2. An Independent Prosecution Service

(*a*) Overview

The holder of the combined office of Minister of Justice and Attorney General is a member of Cabinet. We have discussed earlier the principle that political considerations should not normally play a role in prosecutorial decisions; this principle could lead some to suggest that the Attorney General should not be a member of Cabinet at all. As the recent suggestions of interference made by the former Attorney General of British Columbia on his resignation show, there is a potential for improper interference with prosecutorial discretion when the head of the prosecution service is actively involved in the political process. It is necessary to strike a delicate balance in which the need for political independence on the part of Crown counsel is recognized, and yet accountability is not sacrificed.

It would be instructive in this regard to consider the institutional arrangements in other jurisdictions concerning the prosecution of offences. These jurisdictions have also wrestled with the problems of independence and accountability, reaching a variety of solutions. What might be considered the traditional model is that of England and Wales. The systems established in the Republic of Ireland and the State of Victoria in Australia show the extreme end of structural independence for the prosecution service, while those of New Zealand and the Commonwealth of Australia have relatively few, if any, institutional guarantees of independence.[164]

---

163. See "The Attorney General and Parliament" above at 8.

164. A summary of this information in form of a chart follows this paper as Appendix D.

In addition, we shall also consider structural arrangements which have been made in Canada for offices that have a similar need for independence from government interference: the Auditor General, and the Human Rights Commission.

(i) *Institutional Arrangements in Other Countries*[165]

(A) *England and Wales*

The institutional arrangements of all the various office-holders in Great Britain concerned with criminal matters are considered in Appendix A. Here, only the responsibilities of the Attorney General and Director of Public Prosecutions need be considered.

Formal responsibility for criminal prosecutions is given to the Attorney General, who has the power to take over private prosecutions, and to terminate them through the *nolle prosequi* power. The Attorney General is not a member of Cabinet, and by tradition may consult with, but must not be directed by, Cabinet in making decisions about prosecutions.

Serious criminal offences are generally prosecuted through the office of the Director of Public Prosecutions. The office was originally created under the *Prosecution of Offences Act, 1879*.[166] However, until 1985 the Director was responsible for only a small percentage of the total number of criminal prosecutions in England, with the great majority being handled by counsel briefed by local chief constables.[167] This situation changed with the passage of the *Prosecution of Offences Act, 1985*.[168] The Office of Director of Public Prosecutions is created by the statute, which calls for the Director to be appointed by the Attorney General, and paid a salary determined by the Attorney General with the approval of the Treasury,[169] and pension benefits arranged individually with the Treasury (unless the Director is appointed from within the Civil Service).[170] The Director of Public Prosecutions is head of the Crown Prosecution Service, which is responsible for all non-private prosecutions throughout England and Wales (though the laying of informations remains in private hands, and private prosecutions are still allowed). The Director is appointed not for a specific term, but until retirement: however, the Director is subject to the normal terms and conditions governing civil servants, and so could be removed from office for inefficiency

---

165. The information in this discussion is primarily drawn from the work of J.L.L.J. Edwards, and in particular his writing for the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *Walking the Tightrope of Justice*, vol. 5 (Halifax: The Royal Commission, 1989).

166. (U.K.), 42-43 Vict., c. 22.

167. A. Sanders, "The New Prosecution Arrangements — (2) An Independent Crown Prosecution Service?" [1986] Crim. L.R. 16 at 16.

168. (U.K.), 1985, c. 23.

169. *Ibid.*

170. Private communication with the Law Reform Commission by Roger K. Daw, Policy and Information Division, Director of Public Prosecutions (U.K.), 15 December 1989.

or for falling foul of the law or normal rules of conduct.[171] Nonetheless, the Director has a certain measure of independence with regard to staffing the Crown Prosecution Service: the Director makes the appointments, with the approval of the Treasury as to numbers.[172]

In fulfilling these duties the Director is not independent. Subsection 3(1) of the 1985 Act notes, as did earlier versions, that

> The Director shall discharge his functions under this or any other enactment under the superintendence of the Attorney General.

The nature of this superintendence has been explained by Sir Michael Havers, former Attorney General of Great Britain, as meaning that:

> My responsibility for superintendence of the duties of the Director does not require me to exercise a day-to-day control and specific approval of every decision he takes. The Director makes many decisions in the course of his duties which he does not refer to me but nevertheless I am still responsible for his actions in the sense that I am answerable in the House for what he does. Superintendence means that I must have regard to the overall prosecution policy which he pursues. My relationship with him is such that I require to be told in advance of the major, difficult, and, from the public interest point of view, the more important matters so that should the need arise I am in the position to exercise my ultimate power of direction.[173]

It would therefore be open to the Attorney General to instruct the Director to take over proceedings that have been privately commenced, but then offer no evidence. Equally, the Attorney General could instruct the Director to institute particular proceedings.

Under section 9 of the Act, the Director is required to present an annual report to the Attorney General, who must in turn present that report to Parliament and cause it to be published. Among other things, that report must contain any changes to the Code for Crown Prosecutors, which gives general guidelines concerning whether to initiate charges, whether to discontinue charges, and so forth.

The independence of Crown counsel from political influence is protected for the most part, but nevertheless significantly, by tradition. The actual prosecutors are protected by virtue of the relative independence of their immediate superior, the Director. It is understood by the parties involved that the Attorney General will not normally interfere with the Director's management of the office, or the handling of particular cases. If this should occur, it is understood that the Attorney General will not act from partisan political motives, and

---

171. *Ibid.*

172. *Prosecution of Offences Act, 1985*, *supra*, note 168, s. 1(2).

173. Edwards, *Attorney General*, *supra*, , note 34 at 48-49.

that the Cabinet will not attempt to dictate the appropriate course of action to the Attorney General.[174]

(B) *The Republic of Ireland*

The office of Attorney General is established in the constitution of the Republic of Ireland. The Attorney General is the adviser to the government on matters of law and is responsible for the prosecution of crimes and offences other than summary conviction matters. Although a political appointment, the Attorney General does not sit as a member of Cabinet, and is not required to hold a seat in the Irish House (Dáil). The Attorney General's independence is further stressed by the rule of the Dáil that, even if a member, the Attorney General cannot be called upon in the House to justify the handling of particular prosecutions: rather, such questions are handled by the Prime Minister (Taoiseach) or Parliamentary Secretary.[175]

Since the *Prosecution of Offences Act, 1974*,[176] the office of Director of Public Prosecutions has also existed. The Director is a civil servant, appointed by the government.[177] However, the appointment is made based on recommendations from a committee of five people, including, for example, the Chief Justice, and the Chairman of the General Council of the Bar of Ireland.[178] The terms and conditions of employment, including superannuation benefits, are determined by the Taoiseach on consultation with the Minister for the Public Service.[179] Although the Director has charge of the prosecution service, the statute reserves to the Taoiseach the power to appoint the officers and servants of the Director.[180]

Subsection 3(1) of the Act states that the Director "shall perform all the functions capable of being performed in relation to criminal matters. . .by the Attorney General". Subsection 2(5) notes that "The Director shall be independent in the performance of his functions." There is a requirement under subsection 2(6) of the Act for the Attorney General and Director of Public Prosecutions to consult from time to time concerning the functions of the Director, but this does not give the Attorney General any right to give directions to

---

174. Stenning points out in *Appearing for the Crown, supra*, note 6 at 293ff. that the Attorney General's accountability to Cabinet is problematical at best, in that there may be no actual obligation for the Attorney General to report to Cabinet. Equally, the accountability of the Attorney General to the legislature is limited to being questioned in the House, generally after the fact, concerning particular decisions. Stenning notes at 305 that there has been no instance of an English Attorney General resigning or being dismissed due to parliamentary criticism, and suggests that any vote on such an issue would follow party lines, effectively protecting the Attorney General.

175. Edwards, *Attorney General, supra*, note 34 at 267 n. 47.

176. (Eire), No. 22.

177. *Ibid.*, ss. 2(2) and 2(4).

178. *Ibid.*, s. 2(7).

179. *Ibid.*, s. 2(8).

180. *Ibid.*, s. 2(11).

the Director.[181] Indeed, the independence of the Director is stressed by subsection 6(1) of the Act, which prohibits communication with the Director's staff or the Director for the purpose of influencing pending criminal proceedings.

There are a few restrictions on the Director. Responsibility for authorizing prosecutions under certain Acts (the *Geneva Conventions Act 1962*, the *Official Secrets Act 1963*, and the *Genocide Act 1973*) remains with the Attorney General, as does defending against challenges to the constitutional validity of laws. However, these limitations do not amount to control over the Director; they merely reserve some tasks to the Attorney General. The Director remains independent in performing all those tasks attached to the office.

However, subsection 5(1) of the Act allows the government to transfer individual cases to the Attorney General if it is necessary in the interests of national security. This seems unlikely to be a power that will interfere with the Director's day-to-day handling of the department; nonetheless it is a residual form of control in the hands of the government. At least in cases that concern national security, the Director will be aware that control of a case can be taken away if the government disagrees with the proposed course of action.

There are further safeguards for the independence of the Director, found in the procedures for filling the office or removing the incumbent. The Director is appointed by the Taoiseach, but on the recommendation of a committee consisting of the Chief Justice, the Chairman of the General Council of the Bar of Ireland, the President of the Incorporated Law Society, the Secretary to the Government, and the Senior Legal Assistant in the Office of the Attorney General. The Director can be removed by the Dáil, but it must have before it a report of a committee consisting of the Chief Justice, a Judge of the High Court, and the Attorney General. No specific grounds for removal are set out; the statute only notes that the committee can investigate "the condition of health, either physical or mental, of the Director" or "inquire into the conduct (whether in the execution of his office or otherwise) of the Director, either generally or on a particular occasion".[182]

In the Irish system, then, there is little control by the government or Attorney General over the prosecution service, and there are considerable institutional protections for the independence of that service. Only in limited circumstances can cases be taken from the Director, and in those circumstances they are transferred to the Attorney General. Since the Attorney General is equally considered to be independent of Cabinet, even this would seem to give the government as a whole little say.

Indeed, it has been questioned whether the degree of independence is not so great as to eliminate any real accountability for the prosecution service:

> With complete independence being conferred upon the Director of Public Prosecutions in Ireland and the elimination of any power or control over the Director's actions by the

181. In *Attorney General*, *supra*, note 34 at 265, Edwards cites an explanatory memorandum issued by the Irish government to this effect.

182. *Prosecution of Offences Act, 1974*, *supra*, note 176, s. 2(9).

> Attorney General, who, it may well be asked, is accountable to the Irish Parliament for the decisions taken by the Director of Public Prosecutions? If the experience of other Commonwealth countries, which have adopted into their constitutions a similar model of an unaccountable public prosecutor, is any pointer to what lies in store for the Republic of Ireland it is only a matter of time before the fundamental questions of control and accountability force themselves before its elected Parliament for intense debate.[183]

In opposition to this view, however, it has been suggested by an Irish commentator that the system reflects a conscious adoption of the principle of an unaccountable public prosecutor, and that there has been "general satisfaction with the operation of the constitutional principle which this country has adopted."[184]

(C) *State of Victoria, Australia*

The Attorney General's office is created in the constitution of the state of Victoria, which requires that the Attorney General be a member of Cabinet.

As in England, however, the prosecution service is not under the direct control of the Attorney General. Rather, it is administered through the office of the Director of Public Prosecutions, which was created by the *Director of Public Prosecutions Act 1982*.[185]

The Director is appointed by the Governor in Council.[186] The Director's office prepares, institutes, and conducts all criminal proceedings on behalf of the Crown in the High Court, Supreme Court, and County Court, conducts preliminary inquiries, and has the authority to take over proceedings in any summary offence.[187] The Director has the same power as the Attorney General to enter a *nolle prosequi* in criminal proceedings, though the Attorney General also retains that power.[188] The Director is "responsible to the Attorney-General for the due performance of his functions under this Act", but this responsibility does not "affect or derogate from the authority of the Director in respect of the preparation institution and conduct of proceedings under this Act".[189]

By this scheme, Victoria has created a Director of Public Prosecutions with virtually complete structural independence. The purpose of this arrangement is to insulate the Director from any control by the Attorney General, and thereby guarantee that the Director's decisions are made without reference to political considerations that might be feared to motivate the Attorney General.

---

183. Edwards, *Attorney General, supra*, note 34 at 267-268.

184. D. Costello, Book Review of *The Attorney General, Politics, and the Public Interest* by J.L.I.J. Edwards (1985) 20 The Irish Jurist 223 at 224.

185. (Victoria, Australia) no. 9848/1982.

186. *Ibid.*, s. 3(1).

187. *Ibid.*, s. 9(1).

188. *Ibid.*, s. 14.

189. *Ibid.*, s. 9.

This insulation from influence is supported by other arrangements concerning the Director of Public Prosecutions. The Director has responsibility for selecting staff and controlling the budget of the Office.[190] The office-holder is appointed until the age of 65, receives the salary and pension benefits of a puisne judge of the Supreme Court, and is not subject to the provisions of the *Public Service Act 1974*.[191] The Director may be suspended by the Governor in Council; if the Director is suspended, a full statement of the grounds must be presented by the Attorney General to Parliament within seven days (or, if the House is not sitting, within seven days of the start of the next session). If Parliament does not within seven days from that report pass a resolution for the removal of the Director, then the suspension is lifted. This is the only mechanism for the removal of an incumbent Director.[192]

The independence of individual prosecutions is further protected by restrictions on the Director's involvement at that level. The Director is entitled to furnish general guidelines to prosecutors, police, or other persons; however, "the Director is not entitled to furnish guidelines in relation to a particular case."[193] In addition, any guidelines which are issued must be published in the *Government Gazette*.[194]

The Victoria model is at the extreme end of independence in the prosecution of criminal offences. As with the Republic of Ireland, therefore, it is arguable that little room has been left for accountability. Further, even more than in the United Kingdom, it is open to the government, and indeed the Attorney General, to disavow responsibility for any unpopular or unwise decisions. The Attorney General has no power to influence particular prosecutions, for proper or improper motives. The Director is similarly limited. The government is not responsible for the actions of the Director, beyond having made the initial appointment, and so at no level above the individual prosecutor is there anyone who can effectively be held accountable.

(D) *Commonwealth of Australia*

The office of Attorney General was created in the *Commonwealth of Australia Constitution Act* (1900),[195] to head the Department of the Attorney General. The office-holder is required to be, or within three months to become, a Senator or Member of the House of Representatives. The Attorney General is not excluded from the Cabinet, but at the same time is not necessarily a member. The office is sometimes, but not always, combined with that of Minister of Justice.[196]

---

190. Private Communication with the Law Reform Commission by John Coldrey, Q.C., Director of Public Prosecutions (Victoria), 14 March 1990.

191. *Director of Public Prosecutions Act 1982*, *supra*, note 185, ss. 4, 6.

192. *Ibid.*, s. 5. The statute does not set out any specific grounds for removal, and none have otherwise been established: private communication from John Coldrey, *supra*, note 190.

193. *Director of Public Prosecutions Act 1982*, *supra*, note 185, s. 10(1).

194. *Ibid.*, s. 10(2).

195. (U.K.), 63 & 64 Vict., c. 12.

196. Edwards, *Attorney General*, *supra*, note 34 at 367.

As in other jurisdictions, control of prosecutions has been placed in the hands of a Director of Public Prosecutions, an office created by the *Director of Public Prosecutions Act 1983*.[197] The Director is appointed by the Governor General, and is paid remuneration determined by the Remuneration Tribunal.[198] The staff of the Director's office are appointed under the *Public Service Act 1922*, with the Director having the powers of a permanent head under that Act.[199]

The Attorney General has retained the ability to be involved in the prosecution service, either through general guidelines, or in dealing with individual cases. Subsection 8(1) of the Act states that:

> In the performance of the Director's functions and in the exercise of the Director's powers, the Director is subject to such directions or guidelines as the Attorney-General, after consultation with the Director, gives or furnishes to the Director by instrument in writing.

Subsection 8(2) of the Act continues that:

> Without limiting the generality of sub-section (1), directions or guidelines under that sub-section may —
>
> (a) relate to the circumstances in which the Director should institute or carry on prosecutions for offences;
>
> (b) relate to the circumstances in which undertakings should be given under sub-section 9(6); and
>
> (c) be given or furnished in relation to particular cases.

However, although the Attorney General can require the Director to act in a particular manner in a particular case, steps are taken to prevent the abuse of this power. Subsection 8(1) required any directions to be in writing. Subsection 8(3) of the Act states that:

> Where the Attorney-General gives a direction or furnishes a guideline under sub-section (1), he shall —
>
> (a) as soon as practicable after the time that is the relevant time in relation to the instrument containing the direction or guideline, cause a copy of the instrument to be published in the *Gazette*; and
>
> (b) cause a copy of that instrument to be laid before each House of the Parliament within 15 sitting days of that House after that time.

---

197. (Australia), no. 113/1983.

198. *Ibid.*, ss. 18, 19.

199. *Ibid.*, s. 27.

The Act also contains provision for publication to be delayed where the interests of justice require.[200]

As in other jurisdictions, the Director is a statutorily protected appointee, enjoying greater security of tenure than would a civil servant. The Director is appointed by the Governor General for a specific term not to exceed seven years, but is eligible for reappointment.[201] There are grounds for removal before that time, some of which make removal possible, while others make it compulsory; the Governor General may terminate the appointment of a Director for "misbehaviour or physical or mental incapacity", and must terminate the Director's appointment in certain events, such as bankruptcy or engaging in outside employment.[202] Pension arrangements, however, are not specifically designed to give the Director greater independence than a civil servant enjoys. The Director, if appointed from within the civil service, would continue to be covered by the civil service superannuation plan: Directors appointed from outside may join the civil service superannuation plan, or make other pension arrangements.[203]

Clearly, this model takes a very different approach from those of Victoria or Ireland. The Director of Public Prosecutions has charge of the prosecution service, and directs its day-to-day operations. However, the Attorney General retains the ability to direct the Director of Public Prosecutions, not only in general terms, but concerning individual cases. Thus there is direct accountability by the Director to the Attorney General, by virtue of this control over the Director. This control has been praised as a necessary residual measure, if the office of Attorney General is not to become an empty shell, "incapable of discharging in full the obligations associated with the doctrine of ministerial responsibility."[204]

The Attorney General is also publicly accountable for actions taken with regard to the prosecution service. This accountability is provided by the requirements surrounding directives. Since such directives must be in writing, and must be both published and presented to the House, any direct involvement by the Attorney General will come to light. The Attorney General will therefore be held accountable both to the House and to the general public.

---

200. *Ibid.*, ss. 8(4), 8(5). Since the office of Director was established, only one direction has been issued by the Attorney General, and it was at the Director's request. Until recently, only the Attorney General, and not the Director, had the ability to lay an *ex officio* information without a prior committal hearing, or despite a discharge at that hearing (similar to the power in s. 577 of the *Criminal Code*), and only the Attorney General could give an undertaking that an accomplice would not be prosecuted in exchange for that person's testimony. However, "with the most recent amendments to the *DPP Act* these powers have now been given to the Director, and as a matter of practical reality there is no longer any need for the Attorney General to involve himself in any aspect of the prosecution process": private communication with the Law Reform Commission by J.W. McCarthy, Senior Assistant Director, Commonwealth Director of Public Prosecutions, 15 December 1989.

201. *Director of Public Prosecutions Act 1983*, *supra*, note 197, s. 18.

202. *Ibid.*, s. 23.

203. Private communication with the Law Reform Commission by J.W. McCarthy, *supra*, note 200.

204. J.L.J. Edwards, "The Charter, Government and the Machinery of Justice" (1987) 36 U.N.B.L.J. 41 at 56.

(E) *New Zealand*

In New Zealand's early history, various institutional experiments were tried in organizing the Attorney General's office. In 1866, the office of Attorney General was changed from a political appointment to a non-political, permanent appointment. The legislation was amended by the *Attorney-General's Act, 1876*[205] to allow the possibility of the Attorney General's being a member of Parliament. In fact, the Attorney General has been a member of Parliament since that time. Traditionally, though not by statute as in Canada, the Attorney General has also acted as Minister of Justice, and so has been a member of Cabinet.[206]

The Attorney General is nominally responsible for the prosecution of criminal offences. What has actually occurred, however, is that this function has been taken over by the Solicitor General. This office was in 1875 made into a permanent non-political appointment; its powers were not determined by statute, but the Supreme Court of New Zealand ruled in 1875 that the Solicitor General had the duties traditionally held by the Solicitor General in England.[207] In addition, New Zealand's *Interpretation Act* has stated since 1924 that the Solicitor General has all the powers, duties, authority, and functions of the Attorney General.

More important than the institutional arrangements, however, is the way in which the roles of the Attorney General and Solicitor General have developed. It has come to be accepted that the Solicitor General is the chief legal adviser to the government, despite being junior to the Attorney General. The Solicitor General is in charge of the Crown Law Office, which is responsible for handling prosecutions in the Supreme Court and Court of Appeal as well as for providing legal opinions to the Government. The Attorney General is nominally, and indeed in fact, superior to the Solicitor General, but there has traditionally been deference by the Attorney General to the legal opinion of the Solicitor General.[208]

Despite the fact that there is no office of the Director of Public Prosecutions, something very similar has evolved. What in effect exists in New Zealand is an independent prosecution service, in which it is accepted that the Attorney General should play no role. The day-to-day operations of the service, as well as the provision of legal opinions and advice, are the responsibility and largely unhindered domain of the Solicitor General. Although the Attorney General is not prevented from giving directions to the Solicitor General, or required to make public any directions, in practice no such involvement by the Attorney General takes place.[209]

---

205. (N.Z.), 40 Vict., c. 71.

206. Edwards, *Attorney General, supra*, note 34 at 390.

207. *Solicitor General ex relatione Cargill* v. *The Corporation of the City of Dunedin* (1875-1876), 1 N.Z. Jur. (N.S.) 1.

208. Edwards, in *Attorney General, supra*, note 34, notes at 393 that the only recorded instances of disagreement between the two office holders are in 1918-1919, when the Attorney General gave instructions to the Crown prosecutors that were contrary to the wishes of the Solicitor General.

209. *Ibid.* at 391-394.

In this case, of course, what protects the independence of the prosecution service is tradition alone. The Solicitor General's office does not exist by statute, and there is no structural independence. This means that the possible danger is not a lack of accountability, but an excess of control. As Edwards has noted:

> Other considerations that bear on the sensitive nature of this relationship, in which the junior partner, as it were, generally exercises *de facto* authority, must include the relative years of experience in office that each of the Law Officers can draw upon, the individual personalities and the strength of commitment that each is prepared to invest in their respective constitutional roles. As often as not the focus for any possible divergence of approach between the Attorney General and the Solicitor General will concern the degree of influence that political considerations should exert on the decision to institute or to terminate criminal proceedings. In interpreting where the balance of public interests should fall it should not occasion too much surprise if the Law Officers, with their different perspectives, should sometimes disagree.[210]

(*ii*) *Independent Canadian Offices*

If new administrative structures are to be established, it is preferable that they fit harmoniously into the Canadian context. It would also be useful to consider some Canadian officials who fill similarly independent roles to a director of public prosecutions. We shall therefore consider briefly some aspects of the arrangements concerning the Auditor General and the Chairman of the Human Rights Commission.

The office of Auditor General is created in the *Auditor General Act*.[211] The Auditor General is appointed by the Governor in Council for a term of ten years, or until age 65, and no re-appointment is possible[212]. The Auditor General can be removed by the Governor in Council, on address of the Senate and the House. No specific grounds for removal are set out, but the Auditor General holds office during "good behaviour".[213]

The Auditor General is paid the salary of a puisne judge of the Supreme Court. Pension benefits are established in accordance with the *Public Service Superannuation Act* or the *Diplomatic Service (Special) Superannuation Act*, at the Auditor General's option.[214]

The staff of the Auditor General's office are appointed under the *Public Service Employment Act*.[215] However, the Auditor General has the powers of appointment of a Public Service Commissioner, and the power of the Treasury Board regarding personnel

---

210. *Ibid.* at 393-394.

211. R.S.C. 1985, c. A-17.

212. *Ibid.*, s. 3.

213. *Ibid.*

214. *Ibid.*, s. 4.

215. *Ibid.*, s. 15.

management and employer-employee relations, which provides the department with a measure of independence in staffing.[216]

The Human Rights Commission is established by the *Canadian Human Rights Act*,[217] which calls for from five to eight commissioners to be appointed, including the Chief Commissioner.[218] The Chief Commissioner is appointed by the Governor in Council for a term of up to seven years, with eligibility for reappointment.[219] The Chief Commissioner can be removed by the Governor in Council "on address of the Senate and the House of Commons". Once again, no specific grounds for removal are set out, beyond that the Chief Commissioner holds office during good behaviour.[220]

The salary of the commissioners is set by the Governor in Council,[221] and no provision concerning pensions is made in the statute.

The staff of the Human Rights Commission are appointed under the *Public Service Employment Act*,[222] with no special provisions to guarantee independence being made.

(iii) The Need for Change in Canada

In determining any new system to recommend for Canada, it would be well to recall the principles that were earlier suggested to be important. First, political considerations should normally have no place in individual prosecutorial decisions. Next, in those circumstances in which political considerations in the broad sense do arise, partisan motives, based on the political consequences to the Attorney General or the government of the day, must not prevail. One method of trying to achieve this is through the independence of the Attorney General from Cabinet, but what is most important is a clear understanding of, and adherence to, the principle of non-partisanship by the decision-maker.

Further, the distinction between partisan and non-partisan political considerations cannot always be drawn clearly. In such circumstances, public opinion must act as the arbiter, and the measure of accountability that one has acted not selfishly, but in the public interest.

It is also instructive to note the wide range of models that has been found to operate satisfactorily in other countries. Systems that incorporate an extreme degree of institutional independence, as well as those with virtually no structural independence, both seem to be capable of producing an apparently unbiased prosecution service. It can be argued that what

---

216. *Ibid.*, ss. 15(3), 16.

217. R.S.C. 1985, c. H-6.

218. *Ibid.*, s. 26(1).

219. *Ibid.*, ss. 26(3), 26(5).

220. *Ibid.*, s. 26(4).

221. *Ibid.*, s. 30.

222. *Ibid.*, s. 32.

is crucial, therefore, are not the institutional arrangements, but rather adherence to the proper governing principles. As Edwards has stated:

> I am convinced that, no matter how entrenched constitutional safeguards may be, in the final analysis it is the strength of character, personal integrity and depth of commitment to the principles of independence and the impartial representation of the public interest, on the part of holders of the office of Attorney General, which is of supreme importance. Such qualities are by no means associated exclusively with either the political or non-political nature of the office of Attorney General.[223]

This should not be taken to mean, however, that it makes no difference what system is adopted. Rather it suggests that an important feature of any system is that failure to adhere to these proper principles should come readily to light. This will further enhance the accountability of any parties involved.

(*b*) Recommendations

1. To ensure the independence of the prosecution service from partisan political influences, and reduce potential conflicts of interest within the Office of the Attorney General, a new office should be created, entitled the Director of Public Prosecutions. The Director should be in charge of the Crown Prosecution Service, and should report directly to the Attorney General.

2. The Director of Public Prosecutions should not be a civil-service appointment. The Director should be appointed by the Governor in Council, and chosen from candidates recommended by an independent committee.

3. The Director should be appointed for a term of ten years, and should be eligible to be reappointed for one further term.

4. The Director should be removable before the expiry of a term. The grounds for possible removal should be misbehaviour, physical or mental incapacity, incompetence, conflict of interest, and refusal to follow formal written directives of the Attorney General.

5. The Director should only be removable by a vote of the House of Commons, on the motion of the Attorney General, following a hearing before a Parliamentary committee.

6. The Director should be paid the same salary and receive the same pension benefits as a judge of the Federal Court of Canada.

7. The Attorney General should have the power to issue general guidelines, and specific directives concerning individual cases, to the Director. Any such guidelines or

---

223. *Attorney General, supra*, note 34 at 67.

directives must be in writing, and must be published in the *Gazette* and made public in Parliament. If it is necessary in the interests of justice, the Attorney General may postpone making public a directive in an individual case until the case concerned has been disposed of.

8. The Director should have the power to issue general guidelines, and specific directives concerning individual cases, to Crown prosecutors. Any general guidelines must be in writing, and must be published in an annual report by the Director to Parliament.

9. The Director should have all of the criminal-law-related powers of the Attorney General, including any powers given to the Attorney General personally. The Attorney General should also retain these powers.

10. The budget for the Office of the Director of Public Prosecutions should be included as a line item within the budget of the Attorney General. Control over the funds allocated to the office should rest with the Director, not with the Attorney General.

Commentary

We propose that there should be created in Canada an office of Director of Public Prosecutions, akin to the office of Director of Public Prosecutions in the other jurisdictions we have surveyed. We considered recommending the creation of a Director of Public Litigation, to have charge of all government litigation, both in the criminal and civil spheres. We have chosen, however, to limit our recommendations to the field of prosecutions; proposing new arrangements for the handling of the government's civil-litigation concerns lies outside the scope of this paper. Nonetheless, we do feel that consideration should be given to similar arrangements to include all litigation to be handled by the reconstituted Attorney General's office.

In general, we favour the model of the Commonwealth of Australia, although we see benefits to be gained from salary and tenure provisions similar to those in the Australian state of Victoria, and appointment and removal provisions similar to those in Ireland. In addition, we do not wish to depart too dramatically from arrangements for similar Canadian offices.

The doctrine of the independence of the Attorney General from Cabinet is based on the assumption that the Attorney General alone would find it easier to set aside partisan political motives than would Cabinet as a whole. We suggest that a tenured professional with no personal interest in the fortunes of the party in power will find it correspondingly easier to ignore such considerations.

Several advantages will flow from the creation of this office. Primarily, as noted, the existence of an office of Director of Public Prosecutions should increase the actual

independence, and the public perception of the independence, of Crown counsel. In addition, removing direct control over prosecutions from the Attorney General will help create a division of responsibilities which lessens the apparent conflict which now exists when a single minister, exercising the dual roles of Attorney General and Minister of Justice, acts as both the legal adviser to the government and the head of the government's litigation team.[224] Further, placing control in the hands of a person with security of tenure, who will not change as each government does, will provide greater continuity to the prosecution service.

The Director, who will be a lawyer, will have charge of the criminal prosecution service, and report directly to the Attorney General. The Director will not be a civil servant, but rather should be appointed by the Governor in Council. With regard to appointments, we propose adopting the approach of the Republic of Ireland, which is similar to the manner in which judicial appointments are made in Canada.[225]

We recommend that a special committee should be created to recommend to the Governor in Council appropriate candidates for the post of Director. The power of appointment will remain with the Governor in Council, but they will select from a short list of candidates recommended by the committee. We are not proposing at this time the precise candidates for the committee; however, we envision that it should be similar in make-up to the Irish model, which consists of the Chief Justice of the Supreme Court, the Chairman of the General Council of the Bar of Ireland, the President of the Incorporated Law Society, the Secretary to the Government, and the Senior Legal Assistant in the Office of the Attorney General.[226]

The term of office must be appropriate. We favour a fixed term, as in the Commonwealth of Australia, rather than leaving the term unspecified, or to be set with each new Director. However, if the term is too short, and reappointment is not allowed, then no advantages are gained through continuity of administration. Similarly, if reappointment is possible, too short a term may create the perception that a Director must please the government of the day, particularly shortly before the term expires, in order to retain the job. On the other hand, too long a term — appointment for life, like a judge, or as in the state of Victoria, for example — will tend to make the Director less accountable.

---

224. See the earlier discussion of this issue at 35 in "Dividing the Offices of Minister of Justice and Attorney General".

225. Recent reforms introduced by the federal Minister of Justice require that candidates for judicial appointments first be assessed as "qualified" or "not qualified" by a committee in the province in which the appointment is to be effective. The committee consists of a nominee of the provincial or territorial law society, a nominee of the provincial or territorial branch of the Canadian Bar Association, a puisne judge of a federally appointed court, a nominee of the provincial Attorney General or territorial Minister of Justice, and a nominee of the federal Minister of Justice.

226. *Prosecution of Offences Act, 1974*, *supra*, note 176, s. 2(7)(a)(i).

We propose that the term of office be ten years, and that the Director be eligible for reappointment to a second term. We do not believe that the benefits from continuity of administration justify continuing any one person in the job beyond twenty years.

Because reappointment will be possible, it is necessary to take steps limiting any incentive for the Director to act, or be perceived as acting, to please the government toward the end of term. In part, this can be achieved through the salary and pension provisions that are made.

With regard to salary, we propose adopting an approach similar to the Australian state of Victoria, and to the present Canadian arrangements for the Auditor General. Rather than leaving the salary to be set by the government, or negotiated with each incumbent, the Director will be paid the same salary as a judge of the Federal Court. The advantages of this approach have been pointed out by a Director of Public Prosecutions in Victoria, where the Director is paid the salary of a Supreme Court judge:

> The creation of independence, both in fact and in appearance, has been achieved by according the Director of Public Prosecutions the status of a Supreme Court Judge. Apart from the inviolability of tenure a further advantage accruing from this situation is that any subsequent appointment of a Director as a Judge of the Supreme Court of Victoria involves a lateral transfer of duties and interests thus effectively nullifying any temptation to use the position of Director as a stepping stone in a career dependent for advancement upon future Government approval. A tangential benefit of investing the Office with judicial prestige is that the decisions of a Director are more readily accepted by the community.[227]

We would further adopt that approach by providing the Director with the same pension entitlement as a judge of the Federal Court. Providing this guarantee to the Director will make the incumbent less dependent on reappointment, and therefore more able to act independently.[228] The fact that such pension benefits are available is from the point of view of the government, and cost efficiency, a factor which favours keeping an incumbent in office.

These various guarantees of independence will be undermined, of course, if removal of a Director prior to the completion of a term is easily arranged. If removal is too easy, the Director may have, or at least be perceived to have, a motivation to please the government of the day, and therefore be insufficiently independent. Of course, not to allow for the

---

227. J. Coldrey, in a paper presented at a conference on reform of the criminal law, held at the Inns of Court, London, July 1987, and quoted in Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *supra*, note 165 at 47.

228. Some adjustment of the pension provisions must obviously be made to take into account that the Director is only expected to serve a particular term, rather than being appointed until retirement. Further, in certain cases, different pension arrangements might be preferable from the point of the view of the Director. For example, a Director might have been working within the public service, and so might prefer to remain under the *Public Service Superannuation Act*. Since our purpose is to provide favourable pension benefits to the Director, we suggest that the Director should be able to opt for a plan different from what we have proposed.

premature removal of a Director would make the Director virtually unaccountable. This would violate our principle that those exercising power must do so within defined limits.

Consequently, we recommend that the Director should be removable; however, we do not favour allowing removal simply by the Governor in Council acting on its own. Instead, we propose that the Director be removable by a vote of the House of Commons, on the motion of the Attorney General. Requiring that the motion be made by the Attorney General means that the Director is not directly, personally, accountable to Parliament. Rather, the Director is accountable to the Attorney General. However, requiring a vote of the House for removal of the Director enhances the accountability of the government in making such a decision. Although realistically the government, with its majority in the House, will be able to have the motion passed, nonetheless the opportunity for public scrutiny and parliamentary debate on the issue will act to make the government more accountable for the decision.

In addition, we propose that the Director only be removable on certain specified grounds, and only after a hearing before a parliamentary committee, most appropriately the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General.[229] We propose misbehaviour, physical or mental incapacity, incompetence, conflict of interest, and refusal to follow formal written directives of the Attorney General as grounds for removal. These grounds are largely adopted from those in the Commonwealth of Australia, though in our scheme, removal would not necessarily follow from any of them; in each case, it would only be a possibility.

We propose that the Attorney General should have the ability to give instructions to the Director, in the form of both general guidelines, and directives relating to particular cases. We will recommend in this paper, for example, that general guidelines should be established and published concerning the factors to consider in determining whether to recommend initiating charges, or when to permanently discontinue a prosecution. Further, we have recommended that the Attorney General should have the power to permanently discontinue any prosecution, and so could instruct the Director to do so. However, any such instructions must be in writing, and must be both published in the *Gazette*, and presented to the House of Commons.[230]

---

229. Removal of a Director will therefore be similar to the present Canadian provisions for removal of a judge. The Governor in Council can remove a judge based on a report of the Canadian Judicial Council. Having done so, the Governor in Council must then report the action to Parliament within 15 days, though no vote of the House is required: *Judges Act*, R.S.C. 1985, c. J-1, ss. 63-68.

230. The Commission has noted in *Criminal Procedure: Control of the Process*, *supra*, note 111, at 51-52 that prosecutorial guidelines would be of interest to the public, as well as serving to make the Attorney General accountable for the administration of Criminal law. The Commission also proposed a tentative list of matters where the structuring of Crown discretion would be appropriate, including a policy concerning successive or multiple prosecutions, wording of charges, and withdrawal of charges. In *Control of the Process*, we proposed that this structuring should be done by statutory rules. We now feel, however, that guidelines issued by the Attorney General or the Director will be more appropriate.

The Attorney General's ability to exercise this form of control will make the Director accountable to the Attorney General. In addition, it will make the Attorney General accountable to the House, either for directives given, or the failure to give directives when they would have been appropriate.[231] Further, the obligation to publish and present to the House both directives and guidelines will guarantee that involvement by the Attorney General in individual prosecutions will come to public attention. This will provide a measure of accountability concerning whether partisan political considerations have motivated the involvement.

Although we feel that accountability by the Attorney General justifies making public any directives given in particular cases, we recognize that in some circumstances, the nature of the case may be such that it would be unwise or counter-productive for those directives to be made public immediately. In matters concerning national security, for example, or in cases where investigations are still continuing without the knowledge of a potential accused, it could be contrary to the interests of justice for any directives given to be made public immediately. Therefore we have allowed for a power on the part of the Attorney General to postpone making the directives public, where this is necessary in the interests of justice.

It is also appropriate for the Director to be able to give specific directives to individual Crown prosecutors. It is not anticipated that the Director would, or indeed could, exercise control over the day-to-day decision-making involved in the prosecution service. At the same time, if the Attorney General is to be able to exercise this type of control when deemed appropriate, then the Director needs the ability to become involved in individual cases.

In addition, it will be appropriate for the Director to have the same ability as the Attorney General to issue guidelines concerning various topics.

One difference exists with regard to the publication requirements imposed on the Director and the Attorney General: specific directives of the Director need not be published. We recommend this because, although the Director will not normally be closely involved in individual prosecutions, nonetheless such involvement is possible and not undesirable. We therefore do not require that all specific directives from the Director be in writing and published. Any directives which are passed on by the Director from the Attorney General, of course, will be published due to the requirements imposed on the Attorney General.

We also feel that the Director should have any extraordinary powers possessed by the Attorney General that are directly related to the prosecution of offences, including those powers designated as available only to the Attorney General personally. Under our proposals, the powers of the Attorney General will include, for example, the ability to require a trial by jury, to select the forum of trial, to discontinue proceedings and, within some limits, to prefer charges. In addition, although we recommend a change in this regard,[232] at present the Attorney General's consent is required prior to a prosecution for some charges. All of

---

231. It must be acknowledged, however, that this proposal does nothing with regard to the *ex post facto* nature of the accountability.

232. See "Consent to Prosecutions" below at 67.

these powers, including the ability to give consent if it is retained, should be available to the Director as much as to the Attorney General. This provision is necessary if the Director is properly to administer the prosecution service without the regular involvement of the Attorney General. Those powers should also be retained by the Attorney General, who remains ultimately responsible for the prosecution service.

We suggest that the budget for the office of the Director of Public Prosecutions should still be a part of the budget for the Attorney General's department, as the Crown prosecution service currently is. The Attorney General remains ultimately responsible for prosecutions, and so can represent the service in Cabinet when allocations of funds are made. We propose that control over the funds when they have been allocated should be an internal matter within the office of the Director. In part, this is to emphasize the independence of that service. In addition, having control of the funds divided in this way will tend to minimize the budgetary conflicts that can arise from the different responsibilities in the Attorney General's department.[233]

In a similar vein, although we have not made a formal recommendation in this regard, we believe it would be desirable if the office of the Director of Public Prosecutions were physically separate from the Attorney General's department. The potential interaction between the policy-making and prosecution functions would thereby be reduced, and the appearance of independence would be enhanced. This arrangement would therefore result in benefits to both aspects.[234]

B. The Department of the Solicitor General

1. General

(a) Overview

The Solicitor General was originally in Canada, as in England, simply the deputy to the Attorney General.[235] As a result, the *Criminal Code* definition of "Attorney General" includes, for prosecutions conducted by a province, the Solicitor General. However, there has been a fundamental change in the nature of the Solicitor General's office, with the result that the title is no longer accurate, and the Solicitor General's inclusion in the *Criminal Code* becomes problematic.

---

233. *E.g.*, when the same department is responsible both for the prosecution service and legal aid, and must allocate funds between the two. See the earlier discussion of this point in "Dividing the Offices of Minister of Justice and Attorney General" at 35.

234. These same benefits have been observed in the Commonwealth of Australia, where the Director of Public Prosecutions has observed: "Independence is of prime importance. So is the appearance of independence. Thus the Central Office of the D.P.P. has been established in premises close to but physically separate from the Attorney General's Department" (quoted in Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, *supra*, note 165, at 62).

235. *An Act to make provision for the appointment of a solicitor general*, *supra*, note 24, s. 1. See the discussion in "Historical Sketch" at 2.

Federally, the Solicitor General has responsibility for the RCMP, and for prisons and penitentiaries. In addition, the Solicitor General has other responsibilities connected with the administration of criminal justice.

The federal Department of the Solicitor General consists of four agencies and a secretariat. The agencies are the Royal Canadian Mounted Police, the National Parole Board, Correctional Services, and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). Each agency reports independently to the Solicitor General. In addition, the RCMP External Review Committee, the RCMP Public Complaints Commission, and the Correctional Investigator report to the Solicitor General.

The secretariat's role is to develop and co-ordinate the policy of the minister. It is headed by the Deputy Solicitor General, and is divided into three branches: Police and Security, Planning and Management, and Corrections. There is also a Communications Group. In addition, the Inspector General of CSIS reports to the Deputy Solicitor General. The secretariat does not administer the other agencies reporting to the Solicitor General, but does provide them with some services.[236]

Six provinces have separated control of policing functions from the Attorney General. In Nova Scotia, New Brunswick, Ontario, Alberta, and British Columbia, the minister responsible for these matters is the Solicitor General; in Quebec it is the Minister of Public Security.

The major advantage to a division of this sort is the administrative separation of police and prosecution functions; the head of the prosecution service no longer also controls the police. However, this advantage is lost when the *Criminal Code* includes "Solicitor General" as part of the definition of "Attorney General". Such an inclusion merely serves to continue the potential conflict otherwise resolved by transferring policing and corrections away from the Attorney General.

(*b*) Recommendations

11. Ministerial responsibility for the police should not be the responsibility of the Attorney General. Policing should continue to be the responsibility of a separate Minister.

12. The Department of the Solicitor General should be renamed the Department of Police and Corrections.

13. Section 2 of the present *Criminal Code*, which defines the Attorney General as including the Solicitor General, should be amended to delete reference to the Solicitor General, and reference to the Minister of Police and Corrections should not be added.

---

236. Department of the Solicitor General, *Annual Report 1987-88* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1989).

14. The Attorney General and the public prosecutor should have the power to require the police to make further inquiries once a prosecution has been launched to assist in the proper presentation of the prosecution's case and discovery of evidence tending to establish the guilt or innocence of the accused.

Commentary

At present at the federal level, policing is entrusted to the Solicitor General. We feel that this supervision of the police by a department other than that of the Attorney General is desirable, to avoid the appearance of conflict and actual conflict which might otherwise arise.

In Canada today, the Solicitor General is not a solicitor, and is not the deputy to the Attorney General. The use of this historical title is at best unhelpful and at worst misleading. More accurately to reflect the nature of the minister and the Department, we suggest renaming both the position and the department.

In addition, no useful purpose is served by the inclusion of "Solicitor General" in the *Criminal Code* definition of "Attorney General". Some specific powers under the *Criminal Code* will involve the Solicitor General: in our proposed *Code of Criminal Procedure*, for example, certain steps in applying for wiretap authorizations will require the Solicitor General to act, as the minister having responsibility for the police. However, we suggest that the Solicitor General should not be able to exercise the powers generally given to the Attorney General under the *Code*. To leave this power in the *Code* would simply be to retain the potential conflict that removing control of the police from the Attorney General was designed to prevent. Consequently we believe that this definition should delete any reference to the Solicitor General, whether under the old name or a new one.

There is one limited area in which the administrative separation of policing and prosecution functions should give way to a certain extent. The prosecutor has a duty to the court to see to it that all relevant evidence is uncovered and presented to the trier of fact. In addition, the prosecutor has an ethical duty to the defence to make full disclosure, including the disclosure of evidence tending to exculpate the accused. However, the prosecutor is not in charge of the investigation of the offence. In order to be able to fulfill the duties associated with the office, therefore, the prosecution must be able to insist that it receives all relevant information, which may require directing the police to carry out further inquiries. It must be noted that this control is very limited, and will not allow, for example, the prosecutor to prevent the police from carrying out whatever other investigations they choose.

2. Prosecution by Police Officers

(*a*) Overview

One particular difficulty arises when control of the police does not rest with the Attorney General. In some remote parts of some provinces, police officers act as prosecutors,

particularly in connection with summary-conviction prosecutions. However, for a police officer to act as a prosecutor, the officer must have been appointed or authorized by the Attorney General under section 785 of the *Criminal Code*.[237] The appointment cannot be delegated to the senior officers of the force.

The constitutional validity of some police prosecutions has been upheld in Newfoundland,[238] and on the whole there have been few allegations of actual unfairness. At the same time, having prosecutions conducted by the police is undesirable. We have discussed the desirability of separating the police and prosecutorial functions, and shall consider the issue in more depth below in section III.C.1, "Crown Prosecutors and the Police".

(*b*) Recommendation

15. All public prosecutions should be conducted by a lawyer responsible to, and under the supervision of, the Attorney General.

Commentary

The public prosecutor is a lawyer, is subject to professional discipline for any breach of the ethical code of lawyers, and must act fairly.[239] Police prosecutors are not subject to these constraints, and are not independent of the investigative process.

The Philips Commission, which investigated criminal procedure in England and Wales, found no evidence that police investigators, who until recently controlled most exercises of prosecutorial discretion, were incapable of making a dispassionate decision regarding prosecution. Nevertheless for reasons which commend themselves to us, the commission advocated a clear division of responsibility between investigation and prosecution:

> We consider that there should be no further delay in establishing a prosecuting solicitor service to cover every police force. This should, in our view, be structured in such a way as both to recognise the importance of independent legal expertise in the decision to prosecute and to make the conduct of prosecution the responsibility of someone who is both legally qualified and is not identified with the investigative process (we are here concerned with fairness); to rationalise the present variety of organisational and administrative arrangements (in order to improve efficiency); to achieve better accountability locally for the prosecution service while making it subject to certain national controls (fairness and openness are both involved here); and to secure change with the minimum of upheaval and at the lowest cost possible.[240]

---

237. *Re R. and Hart* (1986), 26 C.C.C. (3d) 438 (Nfld. C.A.).

238. *Ibid.*, and *R.* v. *White* (1988), 41 C.C.C. (3d) 236 (Nfld. C.A.).

239. See *Boucher* v. *R.*, *supra*, note 107.

240. Royal Commission on Criminal Procedure, *Report*, Cmnd 8092 (London: HMSO, 1981) at 144-145 (Philips Commission).

In the United States there is an even stronger commitment to all prosecutions being conducted by the public prosecutor, and private prosecutions are discouraged. It is argued in the commentary to the American Bar Association's *Standards for Criminal Justice* that:

> The participation of a responsible public officer in the decision to prosecute and in the prosecution of the charge gives greater assurance that the rights of the accused will be respected. Almost all prosecutions of a serious nature in this country now involve a professional prosecutor. The absence of a trained prosecution official risks abuse or casual and unauthorized administrative practices and dispositions that are not consonant with our traditions of justice.[241]

In our view, a professional prosecutor should have carriage of all state-initiated criminal cases. In many jurisdictions, prosecutors, judges, and defence counsel are transported to remote areas. Such programs should be encouraged.

We recognize that local conditions may create difficulties in eliminating the police prosecutor and involve some costs, but we believe these problems are not insurmountable. It is now time, we believe, that all public prosecutions under the *Criminal Code* be conducted by lawyers responsible to the Attorney General.

III. The Powers of the Attorney General

A. Introduction

We now turn to a discussion of the specific powers of the Attorney General and Crown prosecutors. For the moment we will simply catalogue those powers. A more in-depth discussion of each power will follow this list.

By virtue of the definitions of "prosecutor" in sections 2 and 785 of the *Criminal Code*, any powers given to the prosecutor in the *Criminal Code* belong to the federal or provincial Attorney General, or the Attorney General's counsel, unless a decision has been made not to intervene in the prosecution.[242] The definition of "Attorney General" in section 2 of the *Criminal Code*, as it applies to *Criminal Code* prosecutions, includes the lawful deputy of the Attorney General, and the Solicitor General. With respect to any other federal prosecutions, or prosecutions in the Yukon or Northwest Territories, section 2 of the

---

241. ABA, 2d ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1980) at 3.12. However it should be noted that the American prosecutorial system is very different from that in Canada. The senior prosecutor in the American system is the district attorney, who is elected. The district attorney, or the deputies within the office, are often consulted by the police from the early stages of serious investigations, and take an active role in directing investigations. As well, as an elected official, the district attorney is accountable to the voters, not to a more senior elected official such as the Attorney General.

242. There is an interesting review of the Attorney General's and of the Crown prosecutor's functions and powers in *Le Rapport du Comité d'étude sur la rémunération des substituts du Procureur Général du Québec* (Québec: Ministère de la Justice, 1985) (Chairman: Alfred Rouleau).

Criminal Code states that "Attorney General" means "the Attorney General of Canada and includes his lawful deputy".

The effect of this is that most prosecutions are conducted by the provincial Attorneys General. Given this fact, it is to be expected that practice will vary from province to province, notwithstanding that the powers exercised come from the federal *Criminal Code* and a common-law heritage with roots in the prosecution system of Great Britain. It is not the purpose of this study to review these differences but they must be borne in mind. A practice that makes great sense in large centres may be both impracticable and unnecessary in many smaller towns.[243]

---

243. A critical constitutional question is the limit of federal power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* (the criminal-law power) to control the exercise of powers by provincial Attorneys General. It seems relatively clear that Parliament can confer various rights and duties on the provincial Attorney General and public prosecutors, if they undertake the prosecution of federal offences, including offences under the *Criminal Code*: see *Attorney General of Canada* v. *Canadian National Transportation, Ltd.*; *Attorney General of Canada* v. *Canadian Pacific Transport Co.*, [1983] 2 S.C.R. 206. Such legislation is either a matter of criminal procedure or necessarily incidental to it.

A more troublesome question is whether Parliament can relieve the provincial Attorney General of responsibility for criminal prosecutions either by giving those functions to a federally appointed official (such as the federal Attorney General) or by giving that officer power to intervene in any criminal prosecutions. In 1969, amendments to the *Criminal Code* definition of "Attorney General" had the effect of dividing responsibility for prosecutions between the provincial and federal Attorneys General along the lines of *Criminal Code* and non-*Criminal Code* offences respectively. Although provincial prosecutors could prosecute non-*Criminal Code* offences, this appeared to be as a result of sufferance by the federal Attorney General if the proceedings were "instituted at the instance of the Government". There were several challenges to the constitutionality of this provision on the premise that prosecutorial authority, even of federal enactments, was a provincial matter and that it was not open to Parliament to give paramountcy to federal officials over those prosecutions: see *R.* v. *Hauser*, *supra*, note 71; *R.* v. *Pontbriand* (1978), 39 C.C.C. (2d) 145 (Que. S.C.); and *R.* v. *Hoffmann-La Roche Ltd.* (1980), 53 C.C.C. (2d) 1 (Ont. H.C.), aff'd (1981) 62 C.C.C. (2d) 118.

This issue is particularly difficult where the federal offence, although not in the *Criminal Code*, is a true criminal offence or depended for its constitutional validity on the criminal-law power. If Parliament can give paramountcy in those cases to its officials, there would be no constitutional impediment to doing so in *Criminal Code* matters. The fact that a crime is in the *Code*, as opposed to some other enactment, is sometimes a matter of mere convenience rather than the application of constitutional principles. Unfortunately a series of cases in the Supreme Court of Canada has not clearly settled this question. It seems safe to say, however, that the province does not have exclusive jurisdiction over prosecution of federal, including *Criminal Code*, offences: *Attorney General of Canada* v. *Canadian National Transport, Ltd.*; *Attorney General of Canada* v. *Canadian Pacific Transport Co.* It follows logically in view of the doctrine of paramountcy that Parliament could give federal officials primary responsibility for prosecutions.

However, we do not suggest that such action would be desirable on the part of the federal government. Although we do not recommend that federal involvement in prosecutions should be lessened in any way, we do accept the statement of principle by Dickson J., speaking in dissent in *R.* v. *Hauser*, as showing that an extension of federal involvement at the expense of the provinces is undesirable:

> It would seem to have been the view of the Fathers of Confederation that the countless decisions to be made in the course of administering criminal justice could best be made at the local level. Such decisions were made locally at the time of Confederation, and thereafter until 1969, by provincial Attorneys General and their agents in discharge of their significant constitutional responsibility. There is, I think, a certain unity and cohesion between the three aspects of law enforcement, namely, investigation, policing, and prosecution, which would be imperilled if the investigatory function were discharged at one level of government and the prosecutorial function at another level. (*supra*, note 71 at 1032).

Despite the major prosecutorial role played by the provinces, the federal Attorney General has a significant role to play, being responsible for prosecutions under the *Narcotic Control Act*,[244] the *Food and Drugs Act*,[245] and the *Income Tax Act*,[246] among other Acts.

Whichever level of government has responsibility, the corresponding Attorney General has the right to intervene in any prosecution, including a private one, and continue the prosecution.[247] A few crimes require the prosecutor to obtain the prior consent of the Attorney General before proceeding, but there does not appear to be any very clear principle which has guided Parliament in determining when this consent is needed.[248]

The principal means employed by the Attorney General to supervise private prosecutions is intervention to halt a proceeding. Any criminal proceeding can be stayed by the Attorney General, or counsel so instructed, "at any time after proceedings in relation to an accused or a defendant are commenced".[249] The entry of a stay gives the right to recommence proceedings within a period of one year, without a new charge being laid.

The Attorney General, or counsel on behalf of the Attorney General, has a common-law right to withdraw charges.[250] The present position appears to be that prior to plea this power may be exercised as of right,[251] and after plea with the consent of the trial judge.[252]

The Attorney General also has the power to bypass the usual procedure in indictable matters and directly indict the accused without the accused having the benefit of a preliminary inquiry.[253] As well even where the accused is discharged at the preliminary inquiry, the Attorney General can prefer an indictment or consent to a new information being laid.[254] Under section 568 the Attorney General can require that an accused be tried by a

---

244. R.S.C. 1985, c. N-1.

245. R.S.C. 1985, c. F-27.

246. S.C. 1970-71-72, c. 63.

247. *Re Dowson and R.*, *supra*, note 71; *R.* v. *Hauser*, *supra*, note 71 at 1011-1012, *per* Dickson J. dissenting on other grounds.

248. See the partial list of offences requiring consent, *supra*, note 79.

249. *Criminal Code*, s. 579, as amended by S.C. 1985, c. 19, s. 117.

250. See S. Cohen, *Due Process of Law* (Toronto: Carswell, 1977) at 150-166 for a discussion of the distinction between a stay and a withdrawal, and also *R.* v. *Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.). However, consider the proviso in *R.* v. *Dick*, [1969] 1 C.C.C. 147 at 156 (Ont. H.C.) that this right to withdraw existed "in the absence of special circumstances".

251. For a discussion of cases about the Crown's right to withdraw charges see U. Gautier "The Power of the Crown to Reinstitute Proceedings after the Withdrawal or Dismissal of Charges" (1979-1980) 22 C.L.Q. 463, and J.-C. Hébert, "Le retrait d'une inculpation" (1984) 39 C.R. (3d) 180.

252. *Re Blasko and R.*, [1975] 29 C.C.C. (2d) 321 (Ont. H.C.).

253. *Criminal Code*, s. 577.

254. *Ibid.*

court composed of a judge and jury notwithstanding an election for trial by provincial court judge or judge without jury.[255]

When conducting a prosecution, the Attorney General, or the public prosecutor, has a broad range of additional powers. As explained in the Commission's Working Paper on *Classification of Offences*,[256] there are some sixty-five offences which may be prosecuted by way of summary conviction or by indictment. These offences are sometimes referred to as "hybrid offences". The Attorney General, or counsel on behalf of the Attorney General, has the discretion to determine the manner in which the offence is prosecuted.[257] The prosecutor's consent is required at certain stages of the proceedings, for example, to waive the hearing of evidence at the preliminary inquiry,[258] to adjourn the proceedings in provincial court for more than eight days,[259] and to elect and re-elect certain modes of trial.[260] The prosecutor can prefer an indictment that contains offences which were disclosed by the evidence at the preliminary inquiry, although there has been no order to stand trial on those charges.[261]

The Attorney General or counsel on behalf of the Attorney General is also entitled to select the forum of trial if the accused, having elected trial other than provincial court, need not be tried in the superior court of criminal jurisdiction.[262] The consent of the Attorney General or counsel is required to transfer charges from one jurisdiction to another.[263] Like the accused, the prosecutor can apply for a change of venue.[264]

The prosecutor is entitled to make submissions to the judge and the trier of fact; to exercise certain rights in the jury selection process, some of which are different from those

---

255. This section was recently challenged under the *Charter*, but was upheld: *Re Hanneson and R.* (1987), 31 C.C.C. (3d) 560 (Ont. H.C.).

256. LRC, *Classification of Offences*, Working Paper 54 (Ottawa: The Commission, 1986) at 30.

257. *Smythe* v. *R.*, *supra*, note 141; *R.* v. *Century 21 Ramos Realty Inc.* (1987), 32 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.). The Commission has recommended that "hybrid" offences (which allow the Crown to choose whether to proceed summarily or by indictment) be abolished: see *Classification of Offences*, *supra*, note 256, Recommendation 10 at 33.

258. *Criminal Code*, s. 549.

259. *Ibid.*, s. 537.

260. *Ibid.*, s. 561.

261. *Ibid.*, s. 574.

262. *R.* v. *Beatteay* (1979), 50 C.C.C. (2d) 400 (Ont. H.C.).

263. *Criminal Code*, ss. 478 and 479.

264. *Ibid.*, s. 599.

of the accused;[265] to make submissions at the time of sentencing; and to take part in any meeting with the judge or any pre-trial discussions.[266]

As a function of the power to stay proceedings and withdraw charges, the Attorney General and the public prosecutors have wide powers as to selection of accused and charges. They can offer total or limited immunity from prosecution to witnesses for their cooperation.[267] They can offer their assistance in the courts to such persons by recommending lenient sentences.[268]

Since there are limited formal discovery mechanisms in the *Criminal Code*, except for the availability of the preliminary inquiry in the case of some indictable offences (i.e. where the trial is not to take place in provincial court), the prosecutor has wide powers to control discovery of the Crown's case by the accused.[269] As well the prosecutor has a discretion as to the mode of conducting the case, and is free, for example, within some limits, to choose to call only some witnesses.[270] Crown counsel is free to advance a particular theory, even the defence of insanity without the consent of the accused.[271]

B. Consent to Prosecutions

1. Overview

Certain crimes cannot be prosecuted without the prior personal consent of the appropriate Attorney General. The decision of the Attorney General to grant or withhold consent is not reviewable by the courts.[272] The offences for which this consent is required, including bribery of a judicial officer, public nudity, use of an unseaworthy vessel, and fraudulent concealment of title documents, have no obvious unifying factor.

---

265. *Ibid.*, s. 634. The Commission has recommended in *The Jury*, Report 16 (Ottawa: Supply and Services Canada, 1982) that the right to make challenges to the jury be made equal between the Crown and the accused: see proposed legislation (sections 5 to 8).

266. *Criminal Code*, s 625.1.

267. *Palmer* v. *R.*, [1980] 1 S.C.R. 759.

268. *R.* v. *Kirby* (1981), 61 C.C.C. (2d) 544 (Ont. Co. Ct).

269. *R.* v. *Lalonde* (1971), 5 C.C.C. (2d) 168 (Ont. H.C.). This is not an unlimited power, however, and the courts will intervene either by exercise of their common-law jurisdiction or the duty to protect an accused's constitutional right to a fair trial. See, *e.g.*, *R.* v. *Savion and Mizrahi*, *supra*, note 109, and *Re R. and Arviv*, *supra*, note 105.

270. *Lemay* v. *The King*, [1952] 1 S.C.R. 232.

271. See *e.g. R.* v. *Swain* (1986), 53 O.R. (2d) 609 (C.A.). However the Supreme Court has granted leave in this case, apparently to consider the Crown's power to raise the insanity defence as well as other issues concerning s. 614 of the *Criminal Code*.

272. *Re Warren and R.* (1981), 61 C.C.C. (2d) 65 (Ont. H.C.).

The withholding of consent is a decision taken in private, and does not have to be accompanied by reasons. Although there have been a few exceptional cases where a persistent litigant has drawn the attention of the media or a provincial legislature, on most occasions the public will be unaware of a request for permission to prosecute, or of its denial.

As a result, for those offences requiring consent, the Attorney General can prevent prosecutions from occurring without the need to intervene and enter a stay. Further, because the decision is not made in a public forum, the Attorney General is less accountable.

Some of our consultants have suggested that there is a limited place for requiring the Attorney General's consent, in cases with an extraterritorial element, or involving relations between states. For example, they have suggested, offences involving war crimes or the *Official Secrets Act* might appropriately require the Attorney General's consent prior to prosecution.

2. Recommendations

16. The personal consent of the Attorney General should not be required prior to the prosecution of any crime.

17. The Attorney General and the public prosecutor should continue to have the power to take over any private prosecution.

Commentary

In *Private Prosecutions*[273] the Commission stated its position on the consent requirement:

> It is difficult to accept as necessary the *prior* consent of the Attorney General to the initiation of a prosecution, given that he has the power in all cases to intervene *after* charges have been laid in order to direct a stay of proceedings and that this power is exerciseable regardless of whether the proceedings are triable by summary conviction procedure or on indictment.[274]

We recommend that the Attorney General or a public prosecutor should continue to be able to take over any prosecution commenced by a private prosecutor. This is an important aspect of the Attorney General's responsibility for supervising criminal prosecutions. We have not felt it necessary, however, to require that the Attorney General personally authorize the taking over of private prosecutions. There is no such requirement at present, and we are not aware of any difficulties in this regard in the current situation.

---

273. *Supra*, note 70.

274. *Ibid.* at 28. However, it should be noted that in that paper, as in this one, the Commission is differing from the position taken on this issue in *Criminal Procedure: Control of the Process*, *supra*, note 111. In that paper we favoured a requirement of the prior consent of the Attorney General in some cases, though we did not indicate for which offences this requirement would be appropriate.

In our later recommendations, we will suggest preserving the Attorney General's ability to discontinue any prosecution. Given that it will therefore be possible to take over any private prosecution, and having taken it over, discontinue it, we do not feel that there is any need for a requirement of prior consent.

The most persuasive justification that can be advanced for requiring the Attorney General's consent prior to the laying of an information is that even the initial laying can be a threat to fundamental rights and liberties, and could amount to an abuse of process. A related argument is that some offence-creating sections may allow prosecution of very trivial cases, or may come close to infringing a protected right or freedom.

We feel that if there is a problem with any particular section of the *Criminal Code*, the solution lies in amending that section, rather than requiring consent prior to prosecution. Similarly we do not feel that the potential threat created simply by laying a charge is sufficient justification for retaining a consent requirement.

The principles of openness and accountability should be paramount. They require that the prevention of a criminal prosecution must be done openly, in a public forum.

We have chosen not to require consent in cases involving extraterritoriality or foreign relations. We recognize that there may be special considerations in such cases affecting whether it is in the public interest to continue a prosecution. However, we would prefer to see these cases dealt with through the Attorney General's ability to discontinue proceedings.

C. Initiation of Charges

1. Crown Prosecutors and the Police

(*a*) Overview

In the particular context of the initiation of prosecutions, the relationship between Crown prosecutors and the police is worthy of note. Although the former are responsible for the conduct of trials once charges have been laid, they have no responsibilities with regard to the laying of those charges. Rather, this is a task that lies primarily with the police.

The power to lay an information is found in section 504 of the *Criminal Code*. Notably, the section states that "*Any one* who, on reasonable grounds, believes that a person has committed an indictable offence" may lay an information before a justice (emphasis added). That is, the police have no particular power to lay an information, but rather have in that regard only the same powers as any other person.

In most provinces, Crown prosecutors, though they must eventually take charge of state-initiated prosecutions, have no prior say over whether an information should be laid, or the form that it should take. The exceptions to this rule are New Brunswick, Quebec and

British Columbia. In each of these provinces, systems are in place requiring the approval of a Crown prosecutor before a charge can be laid.

The *Criminal Code* provisions for laying charges allow anyone who has reasonable grounds to believe that a person has committed an indictable offence to swear an information to that effect before a justice of the peace (s. 504). The justice must accept the information, but then has a discretion, following a hearing which may be *ex parte*, whether to issue process, and if so, whether to proceed by summons or warrant (s. 507). If the justice refuses to issue process then, unless another justice acts on it, the information will simply lie dormant.[275]

In the case of police-initiated charges, the entire procedure appears to be a mere formality. The informant often has no first-hand knowledge, and is swearing the information on the basis of a report prepared by other officers. Indeed, in a recent case the process by which the information was sworn was described as follows:

> The Court determined that for the past two and one-half years part of the informant's duties as a police officer were to swear informations, however, he could not recall receiving instructions, *i.e.* that he should read the whole information. On questioning by [the trial judge] as to whether he had "reasonable and probable grounds to believe and does believe that [the accused]" committed the offence charged, he responded: ". . . I can't answer that, because if I never read the body of the information I wouldn't know what's contained in it."[276]

The officer also indicated that he had acted in a similar fashion on many previous occasions. The court found this procedure unacceptable, and quashed the information.

The person responsible for determining whether to issue process based on the information is the justice of the peace. Justices of the peace are not usually lawyers, and it is therefore not reasonable to expect them to screen an information for substantive or technical defects. Further, when police officers regularly appear as informants before them, as is the case in the vast majority of prosecutions, there is a natural tendency for justices to accede to police requests.

As a consequence of the routine nature of the process for both police and justices, there is a tendency for the procedures in the *Criminal Code* to become mere formalities. As a result, the protections that these procedures were intended to provide to individual liberty are largely lost. In addition, the resources of the courts can be wasted by the initiation of prosecutions that have little chance of success.

The major advantage to the system in New Brunswick, Quebec and British Columbia, where a Crown prosecutor must approve any charge in advance, is the increased assurance that criminal charges will only be laid where such action is appropriate. Our consultants

---

275. *R.* v. *Allen* (1974), 20 C.C.C. (2d) 447 (Ont. C.A.).

276. *Re Kamperman and R.* (1981), 63 C.C.C. (2d) 531 (N.S.S.C.T.D.) at 533.

from these provinces argue that the decision to lay a criminal charge is distinct from the investigation of crime. It is a decision that involves a judgment whether sufficient evidence exists to support a conviction. This decision, they argue, is one most appropriately made by the person trained in this area, the Crown prosecutor. Not every case in which there are reasonable and probable grounds to charge is one that can successfully be prosecuted. It is in the interest both of the individual and of the state to avoid the restrictions on liberty and waste of state resources involved in an unjustified prosecution. In the same vein, a further advantage to such a system is the ability to detect technical errors in the form of charges in advance. When this screening occurs before charges are laid, the time of all parties and the court need not be taken up with objections, amendments or re-laying of charges.

Against this, the major advantage of allowing the police an unrestricted right to lay charges is that it more affirmatively maintains the independence of the various aspects of the judicial system. The investigation of crime should be kept separate from the prosecution of crime, a position that is supported by the recent trend in Canada to remove control of the police from Attorneys General. The need for independence in the control of prosecutions is particularly clear in cases that involve allegations of criminal conduct by police officers. Without a division of authority between investigations and prosecutions, a strong potential for conflict of interest would exist.[277]

The proper role of the prosecutor, for example, shows the advisability of the independence of the two aspects. A prosecutor must not be concerned with winning or losing; rather, the Crown must present fairly all evidence to the court.[278] The Commission has noted of the prosecutor in *Criminal Procedure: Control of the Process* that:

> Though he functions within an adversary system, he is an adversary with a difference. His primary duty *is not to act as the instrument of the police* or to secure convictions by exploiting the opportunities afforded him by the rules of the process.[279]

This responsibility has been contrasted to that of the police, in the context of the police acting as prosecutors. In a dissenting judgment in *R.* v. *Edmunds*, Mr. Justice Gushue stated that:

> The role of the Crown prosecutor is not to obtain a conviction, but to assist the Court in eliciting the truth and he has a duty to protect the rights of the accused as well as those of society. The professional police officer — and this is not a criticism of police officers — is not trained in this way. His object is to secure a conviction.[280]

---

277. See, *e.g.*, *Re Johnson and Inglis* (1980), 52 C.C.C. (2d) 385 (Ont. H.C.), where, although the court did not ultimately find a conflict, a private complainant sought the preferment of an indictment against several police officers who had shot her husband.

278. See *Boucher* v. *R.*, *supra*, note 107.

279. *Supra*, note 111 at 25; emphasis added.

280. (1978) 45 C.C.C. (2d) 104 at 116 (Nfld. C.A.). Gushue J. dissented from the decision of the majority that the practice of allowing police to prosecute indictable offences was allowable, suggesting in an *obiter* remark that whether legal or not, the practice is undesirable. On appeal, the Supreme Court of Canada overturned the decision, holding that police officers did not come within the definition of "prosecutor" in the *Code*, even in the case of indictable offences tried before a Magistrate; see *Edmunds* v. *R.*, [1981] 1 S.C.R. 233.

If the Crown is seen as too closely allied with the police, there may be a perception that the responsibility of the Crown is not being upheld.

A further argument for the independence of the two aspects is the role of the police. Their independence provides a valuable safeguard against concerns of improper pressure being brought to bear, particularly when the case involves allegations about employees of the Attorney General or members of the government. The Marshall inquiry in Nova Scotia, for example, has turned up instances of confusion over these roles possibly affecting the laying of charges.[281]

An example of what might be considered the system working as it should is found in charges laid in Ontario against Dr. Henry Morgentaler. Ian Scott, Attorney General of Ontario, noted that while a Supreme Court decision in an earlier prosecution was still pending:

> [T]he Toronto police again charged Dr Morgentaler and his associates with the same offence. There is no doubt that they had reasonable and probable grounds to believe that an offence against the Criminal Code was being committed. But, as has been emphasized, this is not the only decision to be made in deciding whether to proceed to trial. The High Court of Justice in Ontario has held that it would not proceed with any further trial of the accused while their appeal was pending before the Supreme Court of Canada. Given that the facts supporting the charge, and presumably the defence raised, would be virtually identical to the charge upon which the accused were tried and acquitted, it was, in my opinion, in the interests of justice that any further allegations of criminal activity be held in abeyance until the highest court authoritatively ruled on the legality of the impugned conduct. With these factors in mind, the charges laid were immediately stayed.
>
> This example clearly demonstrates the differences in the roles of the attorney general and the police. Before laying the charges, the police consulted the attorney general and his agents, and were advised that any charges that were laid would, in the circumstances, be stayed. Notwithstanding this advice, the police concluded that it was their duty and responsibility to lay the charges that they believed on reasonable and probable grounds were warranted. The attorney general, while acknowledging the role of the police that entitled them to take this action, did what he believed the administration of justice required. To some observers it may have appeared that the right hand did not know what the left was doing. In my view, that difficulty does not offset the importance of the principle of separation.[282]

---

281. The *Commissioner's Report* (Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution, vol. 1, Halifax, the Royal Commission, 1989), notes at p. 232 that "under our system, the policing function - that of investigation and law enforcement - is distinct from the prosecuting function. We believe the maintenance of a distinct line between these two functions is essential to the proper administration of justice." The report also notes at p. 234 that:

> In Nova Scotia, there clearly has been confusion over the question of the police's unfettered right to lay charges. In the Thornhill [a member of the provincial cabinet] investigation, for example, Deputy Attorney General Gordon Coles strongly believed that he, acting for the Attorney General, had the right to instruct the RCMP not to lay charges. Although the RCMP did not accept the validity of this position, they did acquiesce in the face of the Attorney General's wishes.

282. *Supra*, note 159 at 117-118.

The most desirable system for the laying of charges, therefore, will be one that preserves the independence of the various participants in the criminal justice system, while at the same time ensuring as much as possible that only appropriate charges are laid.

(*b*) Recommendations

18. Police officers should continue to have the ultimate right and duty to determine the form and content of charges to be laid in any particular case according to their best judgment and subject to the Crown's right to terminate the prosecution.

19. Before laying a charge before a justice of the peace, the police officer shall obtain the advice of the public prosecutor concerning the facial and substantive validity of the charge document, and concerning the appropriateness of laying charges. Legislation setting out the duties of the public prosecutor should be amended, if required, to state this duty explicitly.

20. When seeking the advice of the public prosecutor, the police officer shall advise the prosecutor of all the evidence in support of the charge and all the circumstances of the offence, and the prosecutor shall where appropriate advise the police officer either that the evidence is not sufficient to support a conviction for the charge, or that a different charge or no charge would be more appropriate in all the circumstances.

21. Where it is impracticable to have the charge examined by the public prosecutor, or if the public prosecutor advises against proceeding with the charge, the peace officer nevertheless may lay the charge before a justice of the peace. In such cases, the peace officer must provide reasons to the justice of the peace explaining why it was impracticable to have the charge examined, or if applicable, must disclose that the public prosecutor has advised against the laying of the charge.

Commentary

The police are by legislation subject to the supervision of a law officer; however, we feel that this direction should only be exercised at the level of general policy directives. At the level of individual cases, the independence of the police should be respected. In this respect, the supervision of the police by the Solicitor General or other law officer should be similar to the present superintendence of the prosecution service by the Attorney General.

To preserve this independence, we believe that the police should have an unrestricted right to lay charge documents before a justice. We believe that this ability is an important safeguard of the independence of the police, and that the importance of the separation of functions outweighs any benefits to be gained from depriving the police of this ability.

Our proposal, therefore, only requires the police to seek advice on a charge document from a prosecutor before laying it in front of a justice. We do not consider this to be

inconsistent with the independence of the police, because they will retain the right to lay charges, whether the Crown prosecutor agrees that charges should be laid or not.[283]

Requiring the police to seek this advice will have the main benefits that flow from requiring advance Crown approval. It will provide an opportunity to avoid technical errors in the form of the charge. It will also allow the prosecutor to advise the police in advance whether the evidence will support any or all proposed charges, and to offer an opinion on whether laying charges is appropriate at all. None of this advice will be binding on the police, but where it is useful, we presume that it will be accepted.

Indeed, our expectation is that only in unusual circumstances will a police officer decide to lay a charge despite the contrary advice of a prosecutor. In the normal course of events, we expect police officers to recognize the superior expertise of prosecutors with regard to the sufficiency of evidence and other relevant factors. The police are liable to civil suits for malicious prosecution for their charging decisions, and the fact that a prosecutor advised against laying charges would be relevant evidence in any such suit. Consequently police officers will only choose to go against the advice given them when they have good reason to do so.

To advise the police officer adequately, it is clearly important that the prosecutor be aware of all the evidence and the relevant circumstances. This will allow the prosecutor not only to confirm that there are no technical errors on the face of the charge document, but also to advise whether it is likely that a conviction will result. Further, by being informed of the circumstances — the age of the accused, any mitigating factors, and so forth — the prosecutor will be able to advise whether it is more appropriate to deal with the matter in some way other than a criminal charge. Recommendation 20 therefore requires the officer to fully inform the prosecutor of all the evidence and circumstances.

Although, under Recommendation 21, a police officer is not prevented from laying a charge before a justice despite the contrary advice of a prosecutor, the officer is required to inform the justice of that contrary advice. Similarly, where the police officer has been unable to seek the prior advice of a prosecutor, the police officer must explain why doing so was impracticable. The decision whether to issue process in these cases, as in all others, will be with the justice. Our expectation, however, is that in these cases, the justice will be put on notice that the charge document should be examined more carefully than is often the case. Because of this particular attention, we expect that the issuing of process will not be routine and unconsidered, and that therefore the protections intended to be provided by the justice's discretion will be more likely to exist.

Some of our consultants have suggested that requiring prosecutors to inspect every charge before it is laid will cause administrative problems, requiring the hiring of additional prosecutors. However, the systems in New Brunswick, Quebec and British Columbia, with

---

283. By not requiring the approval of the Crown prosecutor for a charge to be laid, we differ from the system in Quebec which was found in *Bisaillon* v. *Keable*, *supra*, note 130 and *Attorney General of the Province of Quebec* v. *Attorney General of Canada*, *supra*, note 132, to distinguish the *Blackburn* decision.

a similar prosecutorial duty, apparently function well.[284] The fact that the system has proved workable in both a small jurisdiction with limited resources and a large jurisdiction with a high volume of prosecutions suggests that any increased burden at an early stage produces subsequent benefits of at least equal value.

We have noted the inadequacy in the present system for swearing charge documents. These proposals, we suggest, will assist in the screening out of poorly drafted or ill-founded charges at an earlier stage than is the case at present. In addition, these proposals are consistent with our recommendations in *The Charge Document in Criminal Cases*.[285] The Commission suggested there that a greater involvement of Crown prosecutors in drafting charges was desirable. We also suggested that the use of a standard format, and the aid of word-processing techniques, would simplify drafting, and allow the use of technology to avoid technical errors.[286] These methods, we suggest, are likely to produce the early benefits apparently enjoyed in those provinces requiring prosecutorial consent.

We acknowledge, however, that our recommendations for pre-screening of charges by a public prosecutor might be less necessary if the scrutiny of charge documents by justices of the peace currently provided for was carried out more effectively. Some of the problems of the present system, we feel, are the result of inadequate legal training for justices of the peace. We believe, as a long-term goal, that occupational requirements and training of justices of the peace should be upgraded (perhaps even to the point that future appointees be lawyers), and that they should be remunerated accordingly. Given the increasing difficulty in vetting the contents of charge documents and search warrants (to name only two types of documents now authorized by justices of the peace) in light of new statutory and *Charter* requirements, these public officials need legal training. Previous studies and judicial decisions have noted the need to upgrade their competence and training[287] and independence.[288] Although we perceive these suggestions to be consistent with our other proposals, we have refrained from making any formal recommendations in this regard.

---

284. Our consultants in British Columbia estimate that the number of convictions and guilty pleas increased by about 10 to 15% when they instituted this system, because the number of problem cases were reduced. Also, in G.F. Gregory, "Police Power and the Role of the Provincial Minister of Justice" (1979) 27:1 Ch. L.J. 13 at 16, the author notes that only 12% of charges are withdrawn in New Brunswick, compared to 40% to 50% in jurisdictions where prosecutors do not vet the charges. However, it must be noted that both of these jurisdictions go further than we propose, in that administratively they do not allow charges to be laid without the approval of a prosecutor.

285. LRC, *The Charge Document in Criminal Cases*, Working Paper 55 (Ottawa: The Commission, 1987).

286. *Ibid.* at 16.

287. See, *e.g.*, A.W. Mewett, *Report to the Attorney General of Ontario on the Office and Function of Justices of the Peace in Ontario*, 1981 [unpublished] at 18-19, 43, 67-71; and LRC, *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, Working Paper 30 (Ottawa: Supply and Services Canada, 1983) at 84. Although the Commission has not undertaken an empirical study of the procedures followed in the laying of informations, the *Police Powers* paper reports the results of a survey of practices in the issuance of search warrants. The study found only 39.4% of the warrants in the sample to have been validly issued.

288. See *Reference Re Justices of the Peace Act, Re Currie and Niagara Escarpment Commission* (1984), 16 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.).

In making our present recommendations, we are differing in part from proposals we made in *Criminal Procedure: Control of the Process*.[289] That paper suggested, as we do here, that it is rational for the Crown prosecutor to see the charge before the first court appearance. However, *Control of the Process* also proposed that the prosecutor's consent to the form of the charge should be necessary, and that the prosecutor should have the authority to change the charge.[290]

The Commission's primary concerns in making that earlier recommendation were to prevent mistakes in the form of the charge, to ensure that there was sufficient evidence to support the charge, and to confirm that other factors did not militate against prosecution. We feel that these are legitimate concerns; however, we feel that they are equally well protected by our present proposals. In addition, we suggest that our present proposals preserve a better division of responsibility, as well as providing greater accountability.

Some Commissioners preferred the system operating in New Brunswick, Quebec and British Columbia, the provinces requiring prior consent of the prosecutor, and the proposals made in *Control of the Process*. In their view, the decision to lay a charge is not a function of an investigation, but rather is the first step in a prosecution. Thus, they feel, it is more appropriate for the person who would have carriage of the prosecution to make the decision whether to lay a charge. In that respect they feel that leaving the charging decision with the police, even in what is effectively only a residual way, actually blurs the distinction between the two roles, rather than keeping them distinct. A real commitment to separating functions, they suggest, would require that charges can only be laid by or with the approval of a prosecutor.

In their view it is advisable, with regard to public prosecutions, to have a clear functional division of powers. Where there is a potential conflict, because those investigated are members of the Attorney General's department, or because the Attorney General may be reluctant to prosecute for political reasons, a private prosecution may be launched by the victim, any citizen, or a police officer acting in the capacity of a private citizen. They suggest that the possibility of a private prosecution acts as a check upon the powers of the Attorney General and public prosecutors and provides, along with the openness of the criminal justice system, sufficient guarantee that the existence of the potential conflict will be brought out and dealt with in the open.

2. Guidelines for the Initiation of Prosecutions

(a) Overview

An equitable justice system requires a reasonable degree of consistency in the circumstances in which prosecutions take place. Whether the prosecutor determines which prosecutions may be commenced, or simply has the later ability to discontinue proceedings,

---

289. *Supra*, note 111.

290. *Ibid.* at 40-44.

clear guidelines assist in achieving consistency and fairness. As noted earlier,[291] the Attorney General has the responsibility for issuing such guidelines.

In Canada at present, the criteria used by the Crown to determine which prosecutions should take place are not generally available to the public.[292] Without such publication, it is difficult to know whether the guidelines are followed consistently, or indeed whether they contain appropriate criteria. Such guidelines have been prepared and published in a number of countries, including England,[293] Australia[294] and the United States.[295]

The Philips Commission observed that:

> No one has suggested to us that any prosecution system can entirely avoid the prosecution of people who have not in fact committed the offence charged. The investigator and prosecutor can be misled by witnesses or even the accused person himself. Nor. . .can a prosecution system bring all those who are in fact guilty before the courts. The proper objective of a fair prosecution system is not therefore simply to prosecute the guilty and avoid prosecuting the innocent. It is rather to ensure that prosecutions are initiated only in those cases in which there is adequate evidence and where prosecution is justified in the public interest.[296]

Proper guidelines must deal with the two issues of adequate evidence and the public interest.

As a starting point, it would seem that the prosecutor must believe that there is evidence which could result in a conviction. Beyond that comes the question of whether the evidence is sufficient to justify a prosecution, which is a slightly different question.

One standard which might be considered is that of the *prima facie* case. A *prima facie* case is one "containing evidence on all essential points of a charge which, if believed by

---

291. See the discussion above at 15 in "The Attorney General and Crown Prosecutors".

292. This is not true of all the provinces. In New Brunswick, for example, where the prosecutor must approve all charges, the criteria for commencing a prosecution are published and available to the public.

293. See the discussion in A. Sanders, "Prosecution Decisions and the Attorney-General's Guidelines", [1985] Crim. L.R. 4.

294. See, *e.g.*, *Prosecution Policy of the Commonwealth* (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1986). In addition, see a discussion of the new system introduced in 1986 in New South Wales, in New South Wales Law Reform Commission, *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals*, vol. 2 (Sydney: The Commission, 1987) at 540-541. This system includes a provision for the Director of Public Prosecutions to give guidelines to Crown Prosecutors with respect to exercise of specific functions, but not about specific cases. There is also provision for the publication of the guidelines as part of the annual report of the Director.

295. "The Prosecution Function", *The American Bar Association Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 241 at 3.12. For an interesting comment on the ABA standards see H.R. Uviller, "The Virtuous Prosecutor in Quest of an Ethical Standard: Guidance from the ABA" (1973), 71 Mich. L. Rev. 1145, particularly at 1152 to 1157, concerning the problem of proceeding notwithstanding the belief that the accused will probably be acquitted and the problem of the role of the prosecutor in prejudging the credibility of prosecution witnesses.

296. *Supra*, note 240 at 128.

the trier of fact and unanswered, would warrant a conviction."[297] This test, then, does not take into account such factors as the credibility of prosecution or defence witnesses. Rather, it looks only at the sufficiency of the evidence in the abstract.

A test which does take into account the likelihood that evidence will be believed, and the likely behaviour of the trier of fact, is the "51 per cent rule" employed by some of the holders of the office of Director of Public Prosecutions in England.[298] This rule focuses on the sufficiency of evidence, looking at whether it is more likely than not that there will be a conviction. This standard is not invariable, however. A higher standard may be used where the consequences of an acquittal would be particularly inimical: for example, where an unsuccessful obscenity prosecution could result in increased publicity and sales of the publication.

A standard lower than 51 per cent might also on occasion be justified. The American Bar Association standards relating to prosecutions include this statement of principle:

> In cases which involve a serious threat to the community, the prosecutor should not be deterred from prosecution by the fact that in the jurisdiction juries have tended to acquit persons accused of the particular kind of criminal act in question.[299]

Prosecution in such cases is supported not as a mere gesture, but on the basis that such tactics "can successfully alert the community to wrongdoing and raise the community conscience to rectify the offending conditions".[300]

The decision to prosecute in such cases will have been affected by consideration of the public interest. More often, however, consideration of the public interest will show reasons why, despite the probability of a successful prosecution, proceedings should not be commenced. As the American Bar Association standards note:

> The prosecutor is not obliged to present all charges which the evidence might support. The prosecutor may in some circumstances and for good cause consistent with the public interest decline to prosecute, notwithstanding that sufficient evidence may exist which would support a conviction.[301]

---

297. *Mezzo* v. *R.*, [1986] 1 S.C.R. 802 at 837. The case considers a *prima facie* case in the context of a directed verdict.

298. Edwards, *Attorney General*, *supra*, note 34 at 415-416.

299. The American Bar Association, *Standards for Criminal Justice*, *supra*, note 241 at 3.54.

300. *Ibid.* at 3.58.

301. *Ibid.* at 3.54.

It would be impossible to enumerate all the circumstances where the public interest would favour not commencing a prosecution.[302] They would include the seriousness of the offence, and the age and other circumstances of the offender. Some factors, such as the race or religion of the offender, ought normally not to be relevant.

(*b*) Recommendations

22. Prosecutorial guidelines should be published by the Attorney General dealing with the initiation of criminal proceedings. These guidelines should state, in broad terms, the factors that should and should not be considered in advising whether to initiate proceedings.

23. The factors stated in the guidelines should include: (1) whether the public prosecutor believes there is evidence whereby a reasonable jury properly instructed could convict the suspect; and if so, (2) whether the prosecution would have a reasonable chance of resulting in a conviction. The prosecutor should also take into account: (3) whether considerations of public policy make a prosecution desirable despite a low likelihood of conviction; (4) whether considerations of humanity or public policy stand in the way of proceeding despite a reasonable chance of conviction; and (5) whether the resources exist to justify bringing a charge.

---

302. The ABA standards (*ibid.* at 3.54) list the following as appropriate factors for consideration in determining whether to exercise the prosecutor's discretion:
(i) the prosecutor's reasonable doubt that the accused is in fact guilty;
(ii) the extent of the harm caused by the offence;
(iii) the disproportion of the authorized punishment in relation to the particular offence or the offender;
(iv) possible improper motives of a complainant;
(v) reluctance of the victim to testify;
(vi) cooperation of the accused in the apprehension or conviction of others; and
(vii) availability and likelihood of prosecution by another jurisdiction.

Also of interest is the U.S. Justice Department document prepared by former Attorney General Edward H. Levi to heads of all Justice Department offices, divisions and bureaus, reported in (1978) 24 Crim. L. Rep. 3001. In that document Levi refers to the following as appropriate considerations in deciding whether to initiate a prosecution:
(a) the seriousness of the offence;
(b) the need to provide a deterrent to similar offences;
(c) the strength of the government's case;
(d) the person's relative culpability in connection with the offence, history with respect to criminal activity, and circumstances;
(e) the probable sentence if the person is convicted;
(f) the possibility of civil, administrative, or other proceedings in lieu of prosecution;
(g) the possibility of prosecution in another jurisdiction; and
(h) the availability of prosecutorial and judicial resources.

Attorney General Levi also lists those considerations which should not influence a prosecutor's decision:
(a) the offender's race, religion, sex, national origin or political association, activities, or beliefs;
(b) [the prosecutor's] personal feelings concerning the offender or the victim; or
(c) the possible effect of [the] decision on [the prosecutor's] personal or professional circumstances.

Commentary

We favour the publication of guidelines as a means of increasing openness and accountability in the criminal justice system. The decision to prosecute is a discretionary one lying at the heart of the system. Under our scheme, a police officer will make that decision, but will do so having been advised by a public prosecutor. To the extent possible, therefore, the exercise of that discretion should be brought into the public forum, by making the basis for the prosecutor's advice public knowledge.

We anticipate that publishing such guidelines would have a number of advantages. The directives would assist Crown counsel in their daily duties, and lessen the need for them to seek additional advice from senior officials in the Attorney General's department. This function would be particularly useful for new Crown prosecutors. By the same token, clear guidelines should lessen any temptation of the Attorney General's senior staff to interfere in the daily operations of line Crown prosecutors.

Further, with clear guidelines in place, the public will more readily be able to understand the basis for a decision to charge or not to charge. It may be small comfort to persons charged with an offence to know that their cases have been treated no more harshly than others, but this approach is preferable to one that leaves obscure the basis upon which a decision was reached. More importantly, when a decision has been made not to charge, it will be clear from the guidelines that this decision is justifiable. This factor will be important particularly in cases dealing with prominent people, such as politicians. Such persons should be treated neither preferentially nor more harshly than others. If proceedings would not have been commenced against an ordinary individual, they ought also not to be commenced against the prominent individual.[303] The existence of public guidelines both guarantees that equal treatment is given, and defends the Attorney General from charges of partiality.

In addition, the guidelines can have an educative function. Not just prosecutors, but also police and private citizens can become informed of the appropriate considerations for the laying of criminal charges. This allows both for the changing of public attitudes, as well as the potential for public input into whether the guidelines are appropriate.

---

303. In 1978 the Attorney General of Ontario, Roy McMurtry, elected not to lay criminal charges against Francis Fox, the Solicitor General of Canada, who resigned when it became known that he had earlier forged the name of the husband on a therapeutic abortion consent form. The Attorney General justified this decision on the basis that a prosecution would bring "disproportionately harsh consequences to a person of good character, who has already suffered greatly as a result of his act. This bears on the circumstances of the case itself and not the fact that Mr. Fox assumed high public office after the event in question" and also that "The embarrassment and anguish to innocent parties must be weighed against any possible advantage that might result from bringing criminal charges against either Mr. Fox or the woman in question. On this consideration alone, the merits of not prosecuting far outweigh those of proceeding against the parties involved." See Ontario Legislative Assembly, *Debates* at 51-52 (23 February 1978). Mr. McMurtry noted that it would be unacceptable for a prominent person to escape prosecution where an ordinary member of the public would not, but that it would be equally unacceptable to prosecute a prominent person when the ordinary citizen would not be prosecuted.

We favour broadly worded directives. No set of guidelines can reasonably be expected to deal with the multitude of variables arising in a particular case. We also wish to avoid the potential for exploitation of highly specific guidelines by very sophisticated criminals who might tailor their activities to fall just outside the guidelines.

We have suggested a general structure within which the factors of each case must be considered. First, to advise in favour of prosecution, the prosecutor must believe that there is evidence whereby a properly instructed jury could convict the accused. This standard is based on the test for committal for trial after a preliminary hearing, and is, we believe, the appropriate starting point.[304]

It is also appropriate that the prosecutor engage in some weighing of that evidence. Accordingly, the next question is the standard of proof that should be required for a recommendation to prosecute. We have attempted to formulate a standard that will fall between the *prima facie* test rule and the 51 per cent rule.

The *prima facie* test rule, we feel, is inadequate because it allows no scope for considering the credibility of witnesses. A public prosecutor may be aware of facts making it highly unlikely that the prosecution's key witness will be believed (for example, a prior perjury conviction, a strong motive for dishonesty, or even simply a personal evaluation of the witness's credibility). It would be wrong to clog the courts with prosecutions that an experienced prosecutor fully expects to fail, simply because there is some evidence on each element of the offence. The experience of a prosecutor is an asset that should be used by the criminal justice system, to aid in assessing the sufficiency of the case that can actually be presented in court.

At the same time, however, the 51 per cent rule cannot be adopted on its own. First, the rule suggests that the likelihood of success of a prosecution can be precisely calculated; this suggestion is not realistic. More importantly, the 51 per cent rule can be too strict. Glanville Williams points out that application of the rule will mean that some prosecutions will not be brought because they are unlikely to succeed, even though bringing the prosecution might be in the public interest.[305] As an example, Williams points out that in contests between police and prisoners, juries tend to give less credence to the prisoner and to be reluctant to convict police. Because prosecutors are aware of these tendencies, the result is that "corrupt and violent policemen are not brought to book when ordinary people would be."[306]

This same reasoning is behind the ABA Standards principle that a prosecutor should not be deterred from prosecution in cases involving a serious threat to the community by a tendency of juries to acquit persons accused of the particular criminal act.

---

304. The test for committal on a preliminary inquiry is set out in *United States of America* v. *Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067 at 1080: "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty."

305. "Letting off the Guilty and Prosecuting the Innocent" [1985] Crim. L.R. 115.

306. *Ibid.* at 116.

We are seeking, therefore, a test that avoids the deficiencies of the 51 per cent rule. Accordingly, the guidelines initially require that a prosecution should have a "reasonable chance of success": this phrase more accurately reflects the decision that a conviction is likely. Further, the guidelines should specifically allow for the commencement of a prosecution even when there is not a reasonable likelihood of success, if public-policy reasons favour bringing the charge. This provision will allow for the bringing of charges in cases such as those discussed, where essentially non-legal reasons make a conviction unlikely.

By the same token, assuming that a successful prosecution is possible, it then becomes necessary for the prosecutor to consider whether the public interest can be better satisfied without prosecution. The prosecutor must therefore also consider that question.

There are a large number of considerations that we feel would be relevant to such a decision. These considerations include that:

1. the consequences to the accused or to another participant in the proceedings far outweigh the benefit to be gained by a prosecution or the harm done by the accused;[307]

2. the prosecution is being commenced for an ulterior motive;

3. the offence is essentially a private dispute and the victim does not wish a prosecution to take place;[308]

---

307. Many defence counsel have noted that the importance of this as a factor has been steadily declining in recent years and particularly with the introduction of the availability of conditional and absolute discharges in 1972. As a result it is argued that it can rarely be said that the results of a guilty verdict are so significant and so out of proportion to the harm caused by the offence that on this basis alone the prosecutor would be warranted in withdrawing the charge. Prosecutors often point out that the accused can always obtain a discharge, which in most circumstances will have very little impact on career, mobility, family, etc. Cases can be imagined, however, where even the availability of a discharge would not be sufficient. For example, where the accused is charged with a sexual offence that is ordinarily associated with homosexual activity and the accused is a married man, respected in the community and not known to have such tendencies, the mere laying of the charge could have devastating consequences.

308. The problem of "private disputes" is a difficult one. Where the complainant wishes the charge withdrawn the public prosecutor will usually accede to this request, provided the prosecutor is satisfied that the request is not the result of any improper pressure upon the complainant. However, recently guidelines have been issued in several jurisdictions which are designed to prevent the local prosecutor from exercising this discretion in certain cases, particularly those involving domestic violence. The terms of such a guideline were recently disclosed in *R.* v. *Moore* (1986), 30 C.C.C. (3d) 328 (N.W.T. Terr. Ct) at 330, as a result of the refusal of the victim to testify against the accused, her common-law husband. The terms of the policy were as follows: "All complaints of domestic violence involving spousal assault should be investigated immediately and thoroughly with a criteria of charges being laid for court prosecution, irrespective of whether the assaulted spouse wishes to proceed with the charges. . . . It is the purpose of this directive to require the prosecution of spousal assault cases where there is sufficient evidence. . .". In this case the trial judge noted that the policy of "prosecution regardless" had for a significant number of persons had a "noticeably detrimental" effect; for example, some victims may only really want a change in the situation, and therefore may be reluctant to call the police, knowing that such action will result in charges being laid.

4. the investigation employed methods that bring the administration of justice into disrepute;

5. the demonstration of compassion or mercy requires that the prosecution be stopped;

6. the prosecution is stale;[309]

7. the offender is extremely young or old;

8. the mental condition of the accused suggests that other solutions are more appropriate;[310]

9. the accused has cooperated with the authorities;[311]

10. the law is outdated and impossible to enforce on an equitable basis;

11. a conviction would have serious consequences for the administration of justice or the public interest;[312]

12. a trial might have a detrimental effect on the local community,[313] or on innocent parties;[314] or

---

309. Sections 7 and 11(b) of the *Charter* have taken this factor out of the realm of exercise of mere discretion. Some prosecutions will be so stale that they are barred by these guarantees to fundamental justice and a speedy trial.

310. Because of the unsatisfactory way that the criminal law presently deals with the mentally ill offender who commits a serious offence, prosecutors are very amenable to having such an offender diverted out of the criminal justice system into the civil health-care system.

311. While it is widely recognized that the police and the public prosecutors will extend leniency to a person who has assisted the police in their investigation, B.A. Grosman found a real ambivalence among the prosecutors whom he studied concerning the withdrawal of charges against informants. He quotes several prosecutors in the following terms: "I don't like a crook buying immunity because he knows other crooks and can turn them in to save his own skin" and "The more I am pressed to withdraw, the more I push it. If the police want to protect an informer, then they shouldn't charge him" (*The Prosecutor: an Inquiry into the Exercise of Discretion* (Toronto: University of Toronto Press, 1969) at 39).

312. The example that is often given is the laying of a charge of perjury where the potential accused is said to have lied at trial. Where an accused is to be charged with perjury and then convicted after repeating essentially the same story, this could throw into doubt the verdict of acquittal in the original case. See remarks of the Director of Public Prosecutions quoted in Edwards, *Attorney General*, *supra*, note 34 at 425.

313. Edwards, *ibid.* at 427 refers to the *Bristol Riot* case, where a decision was made not to pursue a new trial because of the detrimental effects which a new trial would have on racial harmony in the city.

314. Thus in the Francis Fox affair the Attorney General stated to the House that "Turning to the individuals caught up in this case, I would emphasize that their tragedy must also be a factor to be taken into account. The woman's husband, who might be considered the most aggrieved individual in this case, has requested that criminal proceedings not be taken against Mr. Fox. It goes without saying that such a request cannot be lightly disregarded. . . . To reveal the woman's identity [at a trial if charges were laid] would cause irreparable harm to all those directly involved. The embarrassment and anguish to innocent parties must be weighed against any possible advantage that might result from bringing criminal charges against either Mr. Fox or the woman in question" (Ontario Legislative Assembly, *Debates*, *supra*, note 303 at 52.

13. only a penalty of a nominal nature is likely to be imposed.[315]

Finally, the prosecutor must consider whether the resources exist to justify bringing the charge. This factor is difficult to define precisely, but involves weighing the previous factors, as well as making a judgment whether the resources necessary to obtain a conviction are available, and whether it is appropriate to allocate them to the case. Clearly there are certain costs involved in any prosecution. Where a huge expenditure of funds would be necessary to obtain a conviction likely only to result in a nominal penalty, the proper decision may be not to lay charges. At the same time, of course, the complexity of an accused's operations, making a prosecution difficult and expensive, cannot be allowed to result in an effective immunity from prosecution. In some cases it will be appropriate to decide not to lay charges, or to lay charges only against some parties. As one British Director of Public Prosecutions has observed, "It is not necessarily in the public interest to prosecute every minnow connected with an offence, provided the whales are tried".[316]

D. Control over the Forum of Trial

1. Choice of Forum

(a) Overview

An accused charged with an indictable offence generally has the right to elect the mode of trial, choosing between trial by a judge with a jury, or a judge without a jury.[317] An accused who has elected one mode of trial may usually change this election, though in some cases the re-election requires the consent of the prosecutor.[318]

Once the accused has elected whether to have a jury, there is in some cases a further decision as to which higher court the trial shall be placed in. In Ontario, for example, a trial without a jury might take place in either the District or Supreme Court. This decision as to where the trial shall take place rests at the moment with the prosecution.

---

315. Sir Hartley Shawcross put it this way: "It is not always in the public interest to go through the whole process of the criminal law if, at the end of the day, perhaps because of mitigated circumstances, perhaps because of what the defendant has already suffered, only a nominal penalty is likely to be imposed" (quoted by the Attorney General of Ontario in his speech to the legislature concerning the Francis Fox affair, *ibid.* at 51).

316. Quoted in *Attorney General, supra*, note 34 at 426.

317. Accused persons facing prosecution for certain of the more minor offences are required by s. 553 of the *Criminal Code* to be tried by a provincial court judge. Those charged with certain very serious offences, such as murder, are required by s. 469 to be tried by a superior court judge.

318. See ss. 561-562 of the *Criminal Code*.

(*b*) Recommendation

24. Where there is a choice of trial forum following an election by an accused, the choice should remain that of the public prosecutor.

Commentary

The Supreme Court has determined that there is no fundamental right to have a trial in a particular type of superior court.[319] The Crown has ready access to information regarding the systemic resources available, and is able to allocate cases in the most efficient manner. Our consultants have not indicated to us any instances of abuse of this power by the Crown, or a perception that the quality of justice differs between the different superior courts.[320]

Given the existence of different levels of court, there does not appear to be a need to reform this area at present. However, the unification of criminal courts would eliminate even any potential for problems in this area.[321]

2. Section 568 of the *Criminal Code*

(*a*) Overview

Section 568 of the *Criminal Code* permits the Attorney General personally to require a jury trial, notwithstanding the accused's election, where the offence is punishable by more than five years imprisonment. In such circumstances a preliminary inquiry must be held. The section has been challenged under the *Charter*, but has been upheld.[322]

Our consultants indicate that this power is very seldom used. Some consultants felt that it ought simply to be abolished. Most consultants, however, felt that there were exceptional circumstances in which it could prove useful. If a judge or high public official were charged with a serious offence, for example, it may be in the public interest to try the accused by judge and jury rather than judge alone. This procedure would remove any possible appearance of bias.

(*b*) Recommendation

25. When the crime charged is punishable by more than two years imprisonment, the Attorney General may personally require, notwithstanding any election by the accused, that the accused be tried by a court composed of a judge and jury. When a

---

319. *Szpyt* v. *R.*, [1981] 1 S.C.R. 248.

320. However, a contrary view on whether competence varies among superior courts, at least in Ontario, may be found in the *Report of the Ontario Courts Inquiry* (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1987) at 83 (the Zuber Report).

321. See LRC, *Toward a Unified Criminal Court*, Working Paper 59 (Ottawa: The Commission, 1989).

322. *Re Hanneson and R.*, *supra*, note 255.

trial by jury is required under this section, a preliminary hearing will be held unless one has been held prior to the direction of the Attorney General.

Commentary

We have elected to retain this power. The only change we propose is to make the power applicable to offences punishable by more than two years' imprisonment, rather than five years' imprisonment. This change is in accordance with our classification of offences.[323]

We continue to require that this power should be exercised by the Attorney General personally. We have noted in *Control of the Process*[324] that imposing responsibility for personal decision-making on the Attorney General promotes restraint, ensures that exceptional procedures are used sparingly, and makes political accountability a reasonable alternative to judicial review. Since this power is intended only for unusual circumstances, it is appropriate to require that it only be invoked by the Attorney General personally.

3. Section 473 of the *Criminal Code*

(*a*) Overview

Section 469 of the *Criminal Code* places certain offences exclusively within the jurisdiction of a superior court of criminal jurisdiction. One of the effects of this provision is to prevent an accused, under section 536, from electing trial by a judge without a jury. Section 473 of the *Code* does permit an accused charged with an offence listed in section 469 to waive the jury, and choose to be tried by a superior court judge alone. However, the accused may only do this with the consent of the Attorney General.

Prior to recent amendments to the *Code*, section 473 applied only in Alberta, and had no consent requirement. The power was created to deal with the difficulty of gathering together twelve-person juries in remote areas of the Northwest Territories in the nineteenth century. Alberta requested that this special power be retained when it joined Confederation.[325] When the power was extended to all of Canada, it was altered to require the consent of the prosecutor.

---

323. On the surface, this may appear to broaden the Attorney General's power. In fact, however, although s. 568 is nominally restricted to offences punishable by more than five years imprisonment, the Attorney General can cause an accused charged with any offence to be tried by a judge with a jury. The Attorney General has the power, under s. 577 of the *Code*, to prefer a direct indictment in any prosecution before a preliminary inquiry is held. Under s. 565(2) of the *Code*, the accused will then be taken to have elected trial by a judge with a jury. The accused has a right then to elect to be tried without a jury, but only with the consent of the prosecutor.

324. *Supra*, note 111.

325. The history of this section is discussed in *R. v. Turpin* (1987), 60 C.R. (3d) 63 (Ont. C.A.) at 71-72. The decision was upheld by the Supreme Court of Canada in [1989] 1 S.C.R. 1296.

It has been held that the ability to choose the mode of trial is of benefit to an accused.[326] It is not clear why this benefit was restricted by a consent requirement when it was made effective across the country. However, as Alberta was the only province in which the former section 473 applied, it could be argued that only the position of an accused in Alberta was worsened.

The one argument that might be made in favour of section 473 is that it is a method of preventing "judge-shopping". In some jurisdictions, all non-jury trials are conducted by one level of court, and all jury trials by another. An accused in such a jurisdiction who is charged with a section 469 offence and waives the jury will therefore be tried in the level normally hearing jury trials, but without a jury. In effect, then, an unrestricted right to waive the jury in the case of section 469 offences would allow the accused still to obtain a non-jury trial, but to avoid the particular level of court that generally conducts them.

However, we do not find this argument compelling. We suggest that an accused charged with a section 469 offence will be less able to "judge-shop" than other accused, since the trial must take place in a superior court of criminal jurisdiction.

(*b*) Recommendation

26. The exceptions in section 469 of the *Criminal Code*, placing certain offences within the absolute jurisdiction of a superior court of criminal jurisdiction, and section 473 of the *Criminal Code*, giving an accused the right to waive the jury for those offences, should be repealed.

Commentary

We do not believe that there is any value in having a requirement of prosecutorial consent before an accused may waive the jury in a trial for an offence listed in section 469. For any other indictable offence, an accused will be able to elect to have a jury, or to have a trial by judge alone. Therefore, removing the consent requirement from section 473 does not give an accused charged with an offence under section 469 a particular advantage; it merely gives that accused the same right as any other to have a jury or not, as he or she chooses.

The arguments against a consent requirement in section 473 will be particularly compelling in a unified court system, such as the Commission has proposed.[327] In such a system there will not be various levels of courts hearing criminal cases; as a result, the decision concerning whether to have a jury will not be a decision based on the level of court before which the accused appears.

---

326. *Ibid.*, Ont. C.A. at 73-74.

327. *Toward a Unified Criminal Court*, *supra*, note 321.

Giving the accused the right to choose whether to have a jury or not for all offences can be accomplished more neatly than by removing the requirement for prosecutorial consent currently found in section 473. The only reason that the question of dispensing with the jury arises is section 469 of the *Criminal Code*, which, by removing certain offences from the jurisdiction of a court of criminal jurisdiction, prevents the accused from originally electing trial by a judge without a jury. For all other indictable offences, the accused would have the original right to elect trial by a judge alone.

If the consent requirement were removed from section 473, then an accused, whatever the indictable offence charged, would be able to have a trial either with or without a jury. However, in a jurisdiction where a unified criminal court structure is not in place, this solution would create an anomaly. An accused charged with a non-section 469 offence who does not wish to have a jury would be tried at the level of court where non-jury trials are held. An accused charged with a section 469 offence who does not wish to have a jury would still be tried at the level of court which usually holds jury trials, but without a jury. It is difficult to see that any advantage comes from this arrangement.

Rather, we suggest, if the two accused are to be put into the same position, the simpler and more straightforward solution is to abolish the exceptions in section 469, which created the original demand for a jury trial in those cases. In this event, a court of criminal jurisdiction will have the ability to hear any type of case, and so an accused will be able to elect trial by a judge without a jury in all instances. With the exceptions gone, of course, section 473 becomes redundant.

The justification generally advanced for giving exclusive jurisdiction over some offences to a superior court of criminal jurisdiction is that those offences are serious enough that a jury trial is necessary not simply for the protection of the accused, but in the public interest. We recognize that there is some force to this argument. However, we do not believe that this argument justifies requiring that every instance of every offence listed in section 469 be tried by a jury. We have recommended that the Attorney General's ability under section 568 of the *Code* to require a jury trial should be maintained. The exercise of this power will protect the public interest intended to be protected by section 469, while still allowing for case-by-case determination.

In *Classification of Offences* the Commission recommended that the division established by section 469 should be retained,[328] but indicated that dispensing with the prosecutorial consent in section 473 would be discussed in this paper. For the reasons noted, we believe that the consent should not be required, and that the simplest and most efficient method of accomplishing that aim is by eliminating the exceptions in section 469. For that reason, we differ here from the recommendation made in *Classification of Offences*.

---

328. *Supra*, note 256, Recommendation 21. Sections 469 and 473 of the *Code* were at that time ss. 427 and 430.

E. Preferred Indictments

1. General

(a) Overview

An accused with the right to elect the mode of trial who does not elect trial by provincial court has the right to a preliminary inquiry. The preliminary inquiry serves a number of functions. Most importantly, it is a pre-trial device for screening out meritless prosecutions. In addition, it provides an opportunity for the accused to discover the Crown's case.

The Attorney General has, by virtue of section 577 of the *Criminal Code*, the right to prefer an indictment against an accused, thereby eliminating either or both of these benefits. An indictment can be preferred against an accused who has not yet had a preliminary inquiry, thus meaning that the accused will receive neither benefit. Equally, an Attorney General can prefer an indictment against an accused who was discharged after a preliminary, thereby removing the benefit of the pre-trial screening.

Although it is not a procedure that is frequently used, the threat of a preferred indictment is a serious one. One prosecutor described it in these terms:

> Few weapons in the armoury of the prosecutor are more feared than the preferred or "direct" indictment. It deprives an accused of an election as to the mode of trial. . . . More significantly, in a great many cases it brings the matter directly to trial without the benefit of a preliminary inquiry and the resultant "discovery" of the Crown's case. In such cases the tactical advantages to the prosecution are painfully clear. As one defence counsel put it, "Whenever I ask a question before the jury on a direct indictment, I 'duck', just in case!" Many other questions, the answers to which are unknown to the defence, doubtless go unasked.[329]

Prior to the *Charter* there was virtual unanimity in the courts that the Attorney General's decision to prefer a direct indictment was unreviewable.[330] Since the advent of the *Charter*, there have been a number of challenges to this power, but they have not succeeded in weakening it to any great extent. It has been held that, although a preliminary inquiry is a significant benefit to the accused, it is not an essential element in giving an accused a trial

---

329. B. MacFarlane and J. Webster, "Preferred Indictments" in V. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (Toronto: Butterworths, 1982) at 320.

330. *Re Saikaly and R.* (1979), 48 C.C.C. (2d) 192 (Ont. C.A.); *Morgentaler* v. *R.*, [1976] 1 S.C.R. 616 appearing to affirm the trial judgment reported at (1973) 14 C.C.C. (2d) 435 (Que. S.C.). However, see *R.* v. *Lynch and D'Aoust* (1977), 36 C.C.C. (2d) 340 (Ont. H.C.), in which the judge concluded that the circumstances surrounding the preferment of the indictment appeared to constitute an abuse of the court's process. He effectively stayed the indictment until something akin to a preliminary inquiry was held to give the accused an opportunity to see the evidence upon which the Attorney General acted in overriding the discharge and preferring an indictment.

in accordance with fundamental justice, provided that other means of disclosure are available.[331]

However, decisions of the Executive can be challenged if they involve a real deprivation of *Charter* rights.[332] An Attorney General's decision to prefer a direct indictment, therefore, can be challenged, but only if on the facts of the particular case, the preferment is a *Charter* violation. As a recent Ontario Court of Appeal decision noted:

> the power of the Attorney-General to prefer an indictment is in accord with the principles of fundamental justice and forms part of the large arsenal of discretionary powers that the chief law enforcement officers must possess in order to effectively discharge their high constitutional duties. In the exercise of these discretionary powers the Attorney-General is accountable to Parliament or the legislature and the exercise of the power may be reviewed by a court of competent jurisdiction if it results in a denial or infringement of a constitutionally protected right.[333]

(*b*) Recommendations

27. The power of the Attorney General to prefer a charge should be retained.

28. A judge may make a termination order stopping the proceedings, if it is shown that the preferment of the charge constitutes an abuse of process.

Commentary

We accept that the Attorney General should retain the ability to prefer an indictment in some circumstances. We accept the reasoning that such an ability can unobjectionably be part of a system which is in accordance with the rules of fundamental justice.

This is not to say that the present law concerning preferred indictments is entirely acceptable. The preferred indictment is used in two distinct ways: before a preliminary inquiry, and after discharge at a preliminary inquiry. We shall consider each of these uses separately.

Further, we wish to ensure that the Attorney General will be accountable to the court for any abuse of the power to prefer an indictment. Accordingly, we have provided that in the unusual event that the circumstances of a case make the preferment an abuse of power,

---

331. *Re R. and Arviv, supra*, note 105, and *R.* v. *Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398 (Ont. C.A.). See also *Desbiens* v. *Procureur Général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2488 (S.C.).

332. *Operation Dismantle Inc.* v. *R., supra*, note 90. See the discussion of this issue above at 22 in "The Attorney General and the Courts".

333. *R.* v. *Ertel, supra*, note 331 at 415. See also *Re R. and Arviv, supra*, note 105; *R.* v. *Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474 (Man. C.A.); and *Desbiens* v. *Procureur Général du Québec, supra*, note 331.

the court will retain an overriding jurisdiction to prevent that abuse.[334] The termination order would serve the same function as the present judicial stay.[335]

Classification of Offences[336] recommended that the distinction between summary conviction and indictable offences should be eradicated. *The Charge Document in Criminal Cases*[337] also recommended that a single charge document replace the present "information" and "indictment", and *Toward A Unified Criminal Court*[338] recommended the establishment of a single court of criminal jurisdiction to deal with all prosecutions. All of these recommendations, if adopted, will affect the current procedures for holding preliminary inquiries and for preferring indictments. We are not withdrawing here from those suggestions. However, we use the present terminology and refer to the present procedures in our discussion of preferred indictments in this paper, and would propose the particular recommendations we make here whether the Commission's earlier recommendations are accepted or not.

2. The Use of a Preferred Indictment without a Preliminary Inquiry

(a) Overview

Numerous reasons have been advanced for the use of the preferred indictment prior to a preliminary inquiry. Some of the reasons given for directly indicting an accused include:

1. the notoriety of the case is such that a quick trial of the merits is essential;[339]
2. the case is long and complex, and involves many accused;[340]
3. the accused intends to disrupt the preliminary hearing;
4. the fear that the security of the Crown's witnesses, or of other persons involved in the prosecution, is jeopardized and a speedy disposition of the case is required;

---

334. The circumstances in which the use of prosecutorial discretion will amount to an abuse of process will be exceptional: see *R.* v. *Jewitt, supra*, note 118.

335. The Commission will recommend this order in the forthcoming Working Paper, *Remedies in Criminal Proceedings*.

336. *Supra*, note 256.

337. *Supra*, note 285.

338. *Supra*, note 321.

339. Examples of this can be found in *R.* v. *Parrot* (1979), 51 C.C.C. (2d) 539 (Ont. C.A.), trial of the head of the postal union for disobeying federal legislation to end a postal strike, and *Morgentaler* v. *R., supra*, note 330, trial of a prominent physician for breach of the abortion legislation. See also *Desbiens* v. *Procureur Général du Québec, supra*, note 331, for a listing of the reasons advanced for the use of a direct indictment.

340. *R.* v. *Biasi* (17 October 1980) (B.C.S.C.) [unreported] taken from a comment by the Chief Justice of the British Columbia Supreme Court as reported in MacFarlane and Webster, *supra*, note 329 at 378.

5. the need to try the case as soon as possible in order to preserve the Crown's case;[341]

6. the need to avoid a multiplicity of proceedings;[342] and

7. the need to avoid unconscionable delay which cannot otherwise be remedied.[343]

Some of these justifications, it seems to us, are suspect. For example, one rationale focusses on the notoriety of the case. If notoriety were an appropriate reason to prefer an indictment, such a technique would be used in cases such as the prosecution of high-profile accused such as Dr. Morgentaler, and yet not in cases of equal or more serious gravity if the accused were not a well-known public figure. We have concluded that notoriety is an insufficient reason for distinguishing among accused, and should not be sanctioned as a justification for the use of a preferred indictment.

Similarly, that a case is long and complex may actually indicate the need for a preliminary hearing. Should the preliminary hearing fail to disclose sufficient evidence to require the accused to stand trial, the longer and more costly proceeding of a trial will be avoided. As well, it is not at all clear that avoiding the preliminary inquiry is an efficient method of bringing the complex case to trial. The result may well be that counsel may then require, and will be granted, lengthy adjournments in the course of the trial to prepare to meet new and unanticipated evidence, which would have been disclosed had there been a preliminary hearing. While Crown counsel usually ensure in a direct-indictment case that full disclosure is made, there is often no substitute for the disclosure that comes from examination and cross-examination of a witness under oath.[344]

The problem of the disruptive accused is probably a relatively minor one and can usually be controlled by the court's power to control its process rather than by resort to the preferred indictment. There ought, however, to be a power in the court to send the case on to trial where the conduct of the accused makes the holding of a preliminary inquiry virtually impossible.[345] This subject will be addressed in forthcoming working papers.

We agree that there is merit to some of these justifications. Prosecutors and police with whom we have consulted assert that it is absolutely essential in certain cases to be able to

---

341. As where the witnesses are quite elderly and there is a risk that a prolonged preliminary inquiry and lapse of time until trial will affect the ability of the witnesses to testify: *Re Stewart and R. (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281 (Ont. C.A.).

342. As where one of two accused has already had a preliminary inquiry and it is sought to try both of the accused together, *R.* v. *Stolar* (1983), 4 C.C.C. (3d) 333 (Man. C.A.); or where the accused has already been through other judicial proceedings that will have provided substantial disclosure of the prosecution case, *Re R. and Arviv*, *supra*, note 105.

343. MacFarlane and Webster, *supra*, note 329 at 374, referring to *Re Saikaly and R.*, *supra*, note 330.

344. *R.* v. *Grigoreshenko* (1945), 85 C.C.C. 129 (Sask. C.A.).

345. A similar power is now available in the case of an absconding accused: *Criminal Code*, s. 544.

bring a case to trial quickly in order to improve the security of witnesses and other persons associated with the prosecution. They point to the cost to the state of having a prolonged period during which witnesses must be given police protection, and the terrible strain on all persons involved in such a case.

Similarly, where witnesses are quite elderly there is a risk that a prolonged period of time before trial will affect their ability to testify.[346] Section 715 of the *Criminal Code* does allow the use at trial of the evidence of witnesses given at a preliminary inquiry, where the witness is no longer available. Nonetheless this will be an unsatisfactory solution when credibility is in issue.

A difficult contention to assess is that unnecessary expense and expenditure of time will result from multiple proceedings. This situation may arise if an additional accused is charged after other accused have completed their preliminary inquiry and have been ordered to stand trial. While from the prosecution's point of view a second preliminary inquiry may seem like a waste of time and money, the person who has not had the benefit of a preliminary inquiry may not share that point of view. This is especially the case where the deprived party has not been responsible for the need for the second preliminary inquiry.[347]

Equally difficult is the need to avoid unconscionable delay. In effect an accused is being required to give up the benefits of a preliminary inquiry in order not to suffer a violation of the right to trial within a reasonable time. However, depending upon the causes of the delay and other factors, this may in certain circumstances be a reasonable justification.

Even granting the legitimacy of some of these justifications, there is a need for reform. At present no explanation need be given of why an indictment has been preferred. It is therefore difficult to know what considerations motivated the decision, and whether they were principled and proper. Increased openness in this area would enhance accountability for the use of the power.

(*b*) Recommendations

29. The Attorney General personally may prefer a charge notwithstanding that the accused has not had a preliminary hearing. The court in which the charge is preferred may adjourn the proceedings until the accused has been given full and fair disclosure of the prosecution case, including, when so ordered, signed witness statements.

30. The Attorney General shall provide the accused against whom a direct charge has been preferred reasons for the preferment.

---

346. See *Re Stewart and R. (No. 2), supra*, note 341.

347. The situation of an absconding co-accused who returns after the completion of the preliminary inquiry and then demands a second preliminary is to be distinguished from the case in which a second accused is not charged until after the completion of a preliminary hearing of the co-accused. For an example of the latter, see *R.* v. *Stolar, supra*, note 342.

31. Guidelines should be established by and published for the use of the Attorney General in deciding whether to prefer a charge when no preliminary hearing has been held. The guidelines should indicate that preferment is an exceptional procedure to be used only in rare and extraordinary circumstances, and that the Attorney General may consider, among others, the following factors:

> **(*a*) the fear that the security of the prosecution's witnesses or of other persons involved in the prosecution is jeopardized;**
>
> **(*b*) the need to try the charge as soon as possible in order to preserve the Crown's case;**
>
> **(*c*) the need to avoid a multiplicity of proceedings; and**
>
> **(*d*) the need to avoid unconscionable delay or unduly prolonged proceedings that cannot otherwise be avoided.**

Commentary

We agree that the Attorney General should have the power to prefer indictments, in certain cases, without a preliminary inquiry having been held. However, some safeguards are necessary if the accused is to be deprived of a preliminary hearing. The most obvious deprivation suffered by the accused who is denied a preliminary hearing is the use of that hearing for discovery purposes, and so we require that the accused receive full and fair disclosure. We recognize that disclosure on paper is not a substitute for the ability to observe and cross-examine witnesses, but full disclosure does substantially decrease the prejudice to the accused. This is particularly so when the accused receives signed witness statements, upon which witnesses may be cross-examined at trial. The requirement for full disclosure reflects our general commitment to improving the disclosure of the prosecution case.[348]

We also recognize that there may be cases in which there are other means of fully disclosing the prosecution's case. For example, if another accused with the same interest in the case had has a full preliminary hearing, the newly charged accused may be able to obtain most, if not all, of the needed disclosure by obtaining the transcript of the preliminary hearing.

We also propose that this power should only be available to the Attorney General personally. We noted with regard to requiring a jury trial that imposing the decision on the Attorney General personally assists in promoting restraint, ensuring that exceptional procedures are used sparingly, and making political accountability a reasonable alternative to judicial review. Since this power is also one that should be used sparingly, we feel it is not appropriate to give it to each prosecutor.

Further, we have concluded that the need for accountability when this extraordinary power is used requires that an explanation be provided. There may be cases where the safety

---

348. See LRC, *Disclosure by the Prosecution*, Report 22 (Ottawa: Supply and Services Canada, 1984), particularly at 24-25.

of witnesses or others makes it very difficult to provide reasons without increasing the risk to those already in danger. However, in our consultations we were advised that such situations are very rare, and that in most cases the accused is told of the reasons for preferment even in these sensitive cases.

Finally, Recommendation 31 proposes guidelines to assist the Attorney General in determining whether to prefer a charge. Our proposals do not embody a suggestion that the seriousness of the offence, or the public pressure for a speedy trial should be significant factors favouring a preferred indictment. Public clamour or political pressure are not factors which should affect the method of proceeding. Rather, we have attempted to isolate the particular factors that might justify the use of this extraordinary power. For the most part these factors speak for themselves. The third factor — the avoidance of multiple proceedings — should only be a justification for denying the more recently charged person a preliminary hearing if the newly charged accused has substantially the same interest as another accused who has had a preliminary inquiry.

3. The Use of a Preferred Indictment after a Discharge at a Preliminary Inquiry

(a) Overview

The use of a preferred indictment after an accused has been discharged at a preliminary inquiry raises different concerns. The accused is not denied an opportunity to discover the Crown's case. However, that case having been presented, the accused is denied not merely an opportunity to have a judge screen the evidence, but the benefit of an actual judicial determination that the evidence does not justify sending the accused to trial.

There are two main reasons generally advanced in support of this use of preferred indictments. The first is that the judge at the preliminary hearing made an error of law, which the Crown believes has led to an improper discharge. Secondly, new evidence may have become known to the prosecution, which it believes would have led to a committal for trial, had it been available at the preliminary hearing.

In support of the first of these reasons, it is true that the *Criminal Code* contains no provision for an appeal from the decision to discharge the accused. The only form of review possible is that of an application to the superior court by way of *certiorari* to quash the decision of the preliminary hearing judge. This review is limited to jurisdictional errors, such as the erroneous exclusion of evidence.[349] The superior court will review the evidence to determine if there is any evidence upon which the judge would have been justified in putting the accused on trial.[350]

---

349. One of the few successful Crown applications to quash a discharge at a preliminary hearing was in *Dubois* v. *R.*, [1986] 1 S.C.R. 366. In that case, the judge at the preliminary hearing had not only applied the wrong test as to sufficiency of evidence, but purported to dismiss the charge, thereby acting as if he were the trial judge.

350. *Skogman* v. *R.*, [1984] 2 S.C.R. 93. However the test on review is still quite narrow: was there any evidence before the justice presiding at the preliminary hearing upon which, acting judicially, the justice could form the opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial for the charge. See *Re Martin, Simard and Desjardins and R.* (1977), 41 C.C.C. (2d) 308 at 340 (Ont. C.A.); aff'd [1978] 2 S.C.R. 511.

It seems incongruous for the law to provide that the Attorney General has a right of appeal if the accused is acquitted, but no similar right of appeal if the accused is discharged after the preliminary hearing, even though this decision effectively terminates the proceedings.[351] Hence a very strong case exists for creating a mechanism to review an erroneous discharge. Whether the preferred indictment is the proper method is not clear.

The use of the preferred-indictment power when new evidence becomes available after the preliminary inquiry is more troublesome.[352] There is an important distinction to be made between cases in which genuinely new evidence becomes available, and cases where the prosecutor, for tactical reasons, chooses not to adduce certain evidence, or fails to acquire all of the available evidence with the result that the evidence adduced is inadequate to require the accused to go to trial.[353] In our view, to permit the Crown to prefer an indictment in the latter situations would be an improper manipulation of the system, amounting to an abuse of process. However, when genuinely new evidence comes forward, the interests of justice require that the proceedings continue. To deny the right to prefer in the face of fresh evidence would have the effect of inappropriately giving a finality to the discharge that it currently lacks.[354]

(*b*) Recommendations

32. When a preliminary hearing has been held, and the accused discharged, no charge may be preferred without the consent of a judge of the intended trial court. The judge shall consent only if satisfied (following submissions from the parties) that the judge at the preliminary hearing applied an erroneous legal principle, or that the accused committed a fraud on the administration of justice, which resulted in the discharge of the accused.

33. When an accused has been discharged upon the completion of a preliminary hearing and fresh evidence is subsequently discovered, an application may be made to the judge who presided at the preliminary hearing, or if that judge is unavailable, to another judge of that court, to reopen the preliminary hearing. The judge may order that the preliminary hearing be re-opened if it is shown that:

(*a*) the application was brought within a reasonable time after the discharge;

---

351. *Criminal Code*, s. 676 sets out the right of appeal by the Attorney General, and does not provide for an appeal against a discharge at the conclusion of a preliminary hearing.

352. For the meaning of "new" or "fresh" evidence see *Palmer* v. *R.*, *supra*, note 267 and *R.* v. *Stolar*, *supra*, note 342.

353. See *R.* v. *Lynch and D'Aoust*, *supra*, note 330.

354. There is not at present complete agreement on the ability of the Crown to lay a new, identical information following a discharge at a preliminary inquiry. Some cases support the right of the Crown to do so: see *R.* v. *Ewanchuk*, [1974] 4 W.W.R. 230 (Alta. C.A.); aff'd [1976] 2 W.W.R. 576 n (S.C.C.). However, this procedure has in certain cases — where no new evidence was available — found to be an abuse of process: see *R.* v. *Dunlop* (1976), 37 C.R.N.S. 261 (B.C. Prov. Ct) and *Re Shechan and R.* (1973), 14 C.C.C. (2d) 23 (Ont. H.C.).

(*b*) the evidence could not have been adduced by due diligence at the preliminary hearing;

(*c*) the evidence bears upon a decisive issue, or potentially decisive issue;

(*d*) the evidence is reasonably capable of belief; and

(*e*) the evidence is such that taken with the other evidence adduced at the preliminary hearing it could reasonably be expected to have affected the result.

Commentary

When a judge at a preliminary inquiry has made a determination that there is not sufficient evidence to send an accused to trial, this decision is not one that should be lightly ignored. The decision to send an accused to trial is binding upon an accused, and so there is good reason to suppose that a discharge should be equally binding upon the Crown. Therefore we propose that the Crown should not have an unfettered right to override this judicial determination.

Of course, one notable difference between a discharge and a committal after a preliminary hearing is that the committal is not intended to be a final adjudication. An accused committed for trial still has the opportunity to establish his or her innocence at trial, and so in effect rectify any error made by the judge at the preliminary. If no review of a discharge can take place, however, then proceedings would come to an end, and any error would be unreviewable. Therefore some review of a judge's decision in this regard must be available.

The need for review does not justify giving the Crown the right simply to ignore the judicial decision. In Recommendation 32 we therefore propose that it should be open to the Crown to apply to a judge of the intended trial court for permission to prefer a charge. This permission will be granted if the Crown shows that the decision at the preliminary inquiry was based on an erroneous legal principle,[355] or obtained through a fraud on the administration of justice. This procedure will not be an appeal of the ruling at the preliminary inquiry, since that decision will not actually be overturned. The net effect will be much the same, since the Crown will then be in a position to prefer the charge, and require the accused to stand trial.

In general, we are concerned to keep distinct from one another prosecutorial and judicial discretions, and we do not regard the procedure proposed in Recommendation 32 as conflicting with this principle. It is true that the exercise of a prosecutorial discretion is being made dependent on judicial permission. However, this supervision will occur only after a prior judicial decision is made, and will function in effect as a review of that judicial decision.

---

355. Note in this regard the decision of the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, holding that the ground of appeal in s. 686(1)(a)(i) of the *Code* (formerly s. 613(1)(a)(i)), that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, raises a question of law.

Indeed, it would have been possible simply to recommend allowing an appeal of a discharge granted at a preliminary hearing, and some of our consultants favoured such a proposal. Other consultants felt that to allow appeals of a discharge would ultimately make necessary allowing appeals of a committal for trial; this latter development, they felt and we agree, would be undesirable, introducing potential delays into the criminal trial process without corresponding advantages. In addition, we feel that it is more appropriate to regard the decision to proceed to trial despite a discharge as part of the Attorney General's responsibility for the overall supervision of the criminal justice system. Accordingly, we have left this power as an exercise of the Attorney General's prerogative, but have introduced a measure of judicial control.

We have not required that this power be exercised by the Attorney General personally. The power to prefer a charge in these circumstances should certainly not be used routinely, and so should not be available freely to any prosecutor. Because of the requirement for judicial permission, we feel that there will be adequate measures promoting restraint.

Some consultants urged upon us the view that the Attorney General should retain a residual discretion personally to prefer an indictment, in exceptional circumstances regarding serious crimes, where the interests of justice so required. When a dismissal had been obtained through some fraud on the administration of justice, or through the negligence, error, or omission of Crown counsel in the conduct of the preliminary hearing, these consultants felt that such a power in the Attorney General could properly be exercised.

We feel that these concerns do not justify retaining a residual discretion. Circumstances in which fraud is established can at present be dealt with by an extraordinary remedy to quash the dismissal. In our recommendation, to simplify matters, we propose making it a specific ground for granting permission to prefer a charge. In cases where some fault lies with Crown counsel in the presentation of the preliminary, however, it is our view that this fault should no more justify preferring a charge than failure of Crown counsel to adequately present a case at trial should entitle the Crown to a new trial. In such circumstances, the Crown should not be able to benefit from its own mistakes.

We propose Recommendation 33 because we recognize that the discovery of new evidence after a discharge makes appropriate some possibility for continuing proceedings against an accused, despite the discharge. We do not feel that retaining a preferred indictment power in such situations is the solution.

The problem of discovering fresh evidence after a judicial determination is not unique to preliminary inquiries. New evidence may arise after a trial, which either the defence or prosecution may wish to introduce on appeal. Accordingly, the courts have created rules determining when this evidence can be introduced.[356]

In the case of a preliminary inquiry, we propose that the Crown should be entitled, upon the discovery of new evidence, to apply to have the preliminary inquiry reopened. This

---

356. *Palmer* v. *R.*, *supra*, note 267.

application should be made to the preliminary hearing judge, as that judge will be familiar with the facts of the case. If that judge is unavailable, the application will be made to another judge of the same court, since these judges are most familiar with the proceedings in preliminary inquiries. We have set out self-explanatory factors for the judge to consider in determining whether the preliminary should be reopened. The factors are based on those used in applications to introduce new evidence on appeal.

F. Discontinuation of a Prosecution

1. General

(a) Overview

A criminal prosecution is brought in the name of the Queen, and can only be justified on the basis that something beyond a private wrong is involved, even when brought by a private prosecutor.[357] All criminal prosecutions affect the integrity of the system. It is therefore important that some person be charged with the responsibility for overseeing the way in which criminal prosecutions are conducted. On occasion, to prevent abuse, oppression or unfairness, this will require that prosecutions be stopped.

At present there are three ways for the Crown to terminate proceedings: the prosecutor may withdraw the charges; the Attorney General or "counsel instructed by him for that purpose" may stay proceedings pursuant to section 579; or the prosecutor may offer no evidence with respect to the charge, thus leading to an acquittal. The legal effect of each procedure is different.

If a charge is withdrawn, it cannot be reactivated; rather, a new charge must be laid.[358] If by that time a limitation period has intervened, then the prosecution is barred. Many of the other details concerning withdrawals are unclear. Indeed, some cases have suggested that the right to withdraw charges was implicitly abolished by provisions for the entry of stays under the *Criminal Code*, though the practice of withdrawing charges continues nonetheless.[359] The best view of the law at present is that the prosecutor has an absolute right to withdraw the charge prior to plea.[360] After a plea has been taken at trial or evidence heard at a preliminary inquiry, however, it seems that the charge can only be withdrawn with the

---

357. The generally accepted function of criminal law in modern times is the redressing of public wrongs, even if based upon private injuries. However, this view was not always held, and in 1955 Glanville Williams wrote "The courts regard the victim of the crime as having a priority of right to prosecute." See "The Power to Prosecute" [1955] Crim. L.R. 596 at 597. See also *Private Prosecutions, supra*, note 70.

358. *R.* v. *Karpinski*, [1957] S.C.R. 343; *R.* v. *Leonard, Ex parte Graham* (1962), 133 C.C.C. 230 (Alta. S.C.T.D.).

359. *R.* v. *Taylor* (1974), 19 C.C.C. (2d) 79 (Ont. Prov. Ct); *R.* v. *Grocutt* (1977), 35 C.C.C. (2d) 76 (Alta. S.C.T.D.).

360. *Re Forrester and R., supra*, note 106; *R.* v. *Grocutt, supra*, note 359; *Re Blasko and R., supra*, note 252; *R.* v. *Dick, supra*, note 250.

consent of the presiding judge.[361] The legal effect of a withdrawal is not absolutely clear. Where a charge is withdrawn prior to plea, the accused is not entitled to plead *autrefois acquit* if the charge is relaid. A withdrawal after plea but before any evidence is heard will also not justify a plea of *autrefois acquit*, but the Supreme Court has not explicitly ruled on a case where the withdrawal is subsequent to evidence having been heard.[362]

A stay of proceedings supersedes the *nolle prosequi* power at common law. One significant difference between a stay and a withdrawal is that a stay does not require the consent of the court at any stage. The effect of a stay is similar to that of a withdrawal prior to plea; it does not give rise to a later plea of *autrefois acquit*.[363] An important difference is that proceedings on the same information or indictment may be recommenced if notice of recommencement is given within one year of the stay or "before the expiration of the time within which the proceedings could have been commenced, whichever is the earlier". After this time the proceedings shall be deemed never to have been commenced. The Crown, or a private prosecutor, is also entitled within the limitation period to commence new proceedings by laying a new information.[364] It would seem therefore that a stay under section 579 cannot prevent the limitation period from running.

When a prosecutor simply chooses to lead no evidence, this approach does not interrupt the proceedings. Rather, in effect, it allows the proceedings to move immediately to a close, with an acquittal being entered on the basis that the charges against the accused have not been proven. This result is sometimes referred to as a dismissal "for want of prosecution", which suggests that it is distinct from a dismissal "on the merits". However, it seems that there is no distinction to be drawn on this basis, and a dismissal following no evidence is an acquittal like any other.[365]

---

361. However, some courts draw a distinction between cases where evidence has been heard and those where a plea has been taken. In addition to the cases in note 360, see *R.* v. *Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242 (Ont. C.A.). In our view, the decision in *R.* v. *Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380 makes clear that the significant event is the entry of a plea, not the calling of evidence, and we believe that courts would now likely hold that if the trial judge's consent is to be required then it would be following the entry of the plea, and they would not also require that evidence have been called.

362. *R.* v. *Selhi* (1985), 18 C.C.C. (3d) 131 (Sask. C.A.), aff'd March 2, 1990 (S.C.C.).

363. *R.* v. *Tateham* (1982), 70 C.C.C. (2d) 565 (B.C.C.A.). The Commission's forthcoming Working Paper *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts* will discuss pleas of *autrefois acquit* and related concepts in greater detail.

364. *R.* v. *Judge of the Provincial Court, Ex parte McLeod*, [1970] 5 C.C.C. 128 (B.C.S.C.); *R. ex rel. McNeil* v. *Sanucci* (1974), 28 C.R.N.S. 223 (B.C. Prov. Ct).

365. In *R.* v. *Riddle*, *supra*, note 361, Dickson J. discussed the principle of *autrefois acquit* following a dismissal of a charge when no evidence was led. He noted at 398-399 that:

> So long as the case has proceeded to a verdict and a dismissal, that should be sufficient. . . . The term "on the merits" does nothing to further the test for the application of the *bis vexari* [twice in jeopardy] maxim. There is no basis, in the *Code* or in the common law, for any super-added requirement that there must be a trial "on the merits".

Compare, however, s. 485.1 of the *Criminal Code* (added after *Riddle*) which, by requiring the personal consent of the Attorney General or Deputy Attorney General before laying a new information following a dismissal for want of prosecution, suggests that such laying is possible.

There does not appear to be any principle at work governing the choice of one proceeding over another, save that in most jurisdictions a stay is perceived as a more formal procedure, usually requiring instructions from the Attorney General's office.[366] By contrast, the withdrawal procedure is generally viewed as a simple unfettered procedure. It is invoked on a regular basis for such matters as disposing of charges as part of a plea agreement,[367] disposing of duplicate charges, or stopping prosecutions at the request of the informant or prosecution.

Although each of these powers may be used as a means of permanently discontinuing proceedings, they are not restricted to that function. At least in the case of stays and withdrawals, the same powers can be used to temporarily discontinue proceedings, when the prosecutor intends to proceed further at a later date.[368] The purposes for which a prosecutor would wish to temporarily discontinue proceedings are quite distinct from the purposes requiring a permanent discontinuation. A prosecutor might wish to permanently discontinue proceedings as part of a plea agreement, because there was insufficient evidence, or because considerations of humanity or the public interest suggested prosecution was inappropriate: in sum, because the charges should not be proceeded with. By contrast, when the powers to temporarily discontinue proceedings are used, exactly the opposite consideration is paramount: the charges should be proceeded with, but cannot effectively be prosecuted at that time. Thus a power to permanently discontinue proceedings is needed to maintain control over the prosecution system; the power to temporarily discontinue proceedings is needed only in the context of individual prosecutions.

Our consultations have revealed a consensus in support of clarifying and simplifying the law in this area. In our view, there is no compelling justification for the retention of two procedures for permanently discontinuing proceedings. Further, any procedure for discontinuing proceedings should be immediately clear in its effect, whether it is to cause a permanent or only a temporary cessation.

(*b*) Recommendations

34. The Attorney General's statutory power to stay proceedings and common-law power to withdraw charges should be abolished. Those powers should be replaced by a statutory power to discontinue proceedings, by entering either a temporary or permanent discontinuance.

---

366. The practice depends on the province. In Ontario, an assistant Crown would normally require instructions from the Attorney General's office (although not from the Attorney General personally) before entering a stay. In other provinces, particularly where the stay is routinely used (as opposed to withdrawing charges) no special instructions are required: see *R.* v. *McKay* (1979), 9 C.R. (3d) 378 (Sask. C.A.).

367. The Commission has proposed this more neutral term to replace "plea bargain", which has acquired negative connotations: see *Plea Discussions and Agreements,* Working Paper 60 (Ottawa: The Commission, 1989).

368. Both stays and withdrawals should be contrasted with adjournments. An adjournment merely creates a temporary cessation within the same proceedings; stays and withdrawals, when not intended as final resolutions of the prosecution, nonetheless require that new proceedings be commenced from the beginning. It is not open to the Crown, following a stay, to continue the trial from the point at which the stay was entered.

35. A permanent discontinuance bars any further proceedings against the accused on the same charge or for substantially the same crime that is the subject of the order.

36. A temporary discontinuance stops the immediate prosecution of charges against the accused, but allows a later prosecution on the same charge or for substantially the same crime that is the subject of the order, within an appropriate limitation period.

37. (1) A discontinuance must state whether it is permanent or temporary.

(2) If new proceedings are not commenced following a temporary discontinuance within the appropriate limitation period, the temporary discontinuance shall become a permanent discontinuance.

Commentary

We believe that the ability to permanently or temporarily discontinue any prosecution is a necessary part of the overall superintendence of the prosecution service. Permanent discontinuances are necessary to allow the Attorney General to supervise the prosecution service as a whole, and to allow individual public prosecutors to prevent the continuation of inappropriate charges. Under our proposals, prosecutors may advise police officers against laying charges, but cannot prevent them from doing so. In cases where a prosecutor feels that the evidence is insufficient to obtain a conviction, or that the charges should not be proceeded with for some other reason, the prosecutor must be able to permanently discontinue the proceeding.

Similarly, prosecutors are sometimes faced with situations in which, although charges cannot immediately be proceeded with, nonetheless a permanent discontinuance is inappropriate. Some essential piece of evidence — the testimony of a witness, for example — may be unavailable at the time, but likely to become available. Within certain limits, we feel that it should be within the discretion of the Attorney General to postpone, without permanently discontinuing, a prosecution.

The present variety of ways in which proceedings may be permanently or temporarily discontinued leads to confusion. We feel that in any given case where a prosecutor wishes to discontinue proceedings, the legal effect should be immediately clear; at present, this is not so. Stays may ultimately be temporary or permanent, and withdrawn charges can sometimes be re-laid, sometimes not. We therefore advocate the existence of two separate methods of dealing with these situations: permanent and temporary discontinuances. If a prosecution is to be permanently stopped, a permanent discontinuance is entered. If the prosecutor wishes the ability to commence later proceedings, a temporary discontinuance is entered.

A permanent discontinuance prevents any further proceedings against the accused on that charge: that is, based on the order, an accused could later plead *autrefois acquit*. In addition, we have expanded the bar from the charge itself to charges which are substantially the same, to reflect the Commission's policy on double jeopardy, explained in a forthcoming Working Paper, *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts*.

A permanent discontinuance can only be entered at the instance of the Crown. The permanent discontinuance contrasts with a similar order we propose, to be made by the court on its own motion or that of the defence, the termination order.[369] The termination order can be sought by the defence when the continuation of proceedings will constitute an abuse of process, or will irreparably prejudice the accused in presenting a defence.

The temporary discontinuance is also only available to the prosecutor. It is used when the Crown seeks a cessation of the prosecution, but intends to proceed at a later date with the same or similar charges. To this extent, it is similar to the present stay under the *Criminal Code*, but unlike that power will only be used when there is a genuine intention to commence later proceedings.

When entering the discontinuance, the prosecution must make clear whether it is intended to be permanent or temporary. This requirement guarantees that the effect of the order is unambiguous.

We have not made any recommendation concerning discontinuing proceedings by want of prosecution. Realistically, the practice is not one that could be abolished, and in any event, we do not see a need to abolish it.

As we have noted, the failure to lead any evidence will result in an acquittal. Ordinarily there is no distinction to be drawn between a failure to lead evidence, and failure to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.[370] Thus the practice leads to a result which is clear and unambiguous.

One observation, however, is that a dismissal "for want of prosecution" is less satisfactory than a permanent discontinuance, since it will have involved unnecessarily tying up the resources of the court, preventing other matters from being scheduled for that time. We suggest it would be preferable, therefore, in any case where the Crown knows in advance that it will not proceed with charges, for a permanent discontinuance to be entered at the earliest possible stage.

Under the present law, failure to recommence a prosecution within one year of a stay ends the proceedings on that information or indictment; however, the *Criminal Code* is not explicit about whether proceedings could be commenced on a new information or indictment charging the same offence. One would expect that further proceedings would be barred, or

---

369. The Commission will recommend this order, and this term, in a forthcoming Working Paper.

370. See *supra*, note 365.

there is no purpose to having a time limit of one year included in the section. Whether the doctrine of double jeopardy would prevent further proceedings is not free from doubt.[371] Under this recommendation, it is made clear that if new proceedings are not commenced within the allowed limitation period, the prosecution is not allowed to proceed. The limitation periods are discussed in Recommendation 43, below.

Some of our consultants felt that, in addition to the powers proposed here, there should be a judicial power to enter an acquittal, not merely a permanent discontinuance. They felt that there would be rare cases where the accused would not be content with a discontinuance, but would want on record an acquittal.

However, we feel that such a power is unnecessary. The real significance of an acquittal is that it resolves the question before the court in the accused's favour, freeing the accused from having to face further proceedings. A permanent discontinuance accomplishes the same thing. In addition, it should be noted that a permanent discontinuance represents a reasoned decision by the Crown that the accused should not be required to face any further proceedings. While this may not be a judicial determination of innocence, at the same time it is more significant, for example, than a decision by a private litigant not to proceed further; the decision has a more official character.

2. Permanent Discontinuances

(a) Method and Timing of Permanently Discontinuing a Prosecution

(i) *Overview*

The primary distinction between withdrawing charges and entering a stay is that the consent of the court is never needed in the case of a stay. Whether the Crown intends to recommence a prosecution or not, the right to stay proceedings is unfettered.

The main reason that no judicial consent is required is that, in staying proceedings, the prosecutor is acting in a supervisory capacity. The Attorney General, and the Attorney General's agents, must determine how the resources of the courts can best be used. In some cases, this supervisory role will require that prosecutions be stopped. Thus the Attorney General's power to stay proceedings, like the historical *nolle prosequi* power from which it is derived, does not depend on the permission of the court.

That the Attorney General can enter a stay as of right does not mean that there is no room for restrictions concerning when that stay can be entered. At present, however, the Attorney General has nearly complete freedom in this regard as well.

---

371. Section 579 of the *Code* states that where proceedings are not commenced within one year, they "shall be deemed never to have been commenced." In *R.* v. *Riddle, supra*, note 361, however, the Supreme Court held that a plea of *autrefois acquit* was only available where previously "the case has proceeded to a verdict and dismissal". In *R.* v. *Tateham, supra*, note 363, the British Columbia Court of Appeal held that a plea of *autrefois acquit* was not available when new proceedings were commenced following a stay, but they were not dealing with a situation where the one-year limit for recommencement had passed.

There is no restriction on how late in the proceedings a stay may be entered; it may be entered at any stage prior to judgment. Accordingly a stay may be entered, for example, after the judge has directed a jury to return with a verdict of not guilty, but before the jury has actually done so.[372]

Subsequent to amendments to the *Criminal Code* in 1985, there now appears to be very little, if any, limitation on how early in the proceedings a stay may be entered.

From 1892 until 1985, the Attorney General had the power under the *Criminal Code* to stop proceedings using a stay of prosecution "at any time after an indictment has been found".[373] The words in the pre-1985 *Code* section were chosen to parallel the common-law power of the English Attorney General personally to enter a *nolle prosequi*. The common-law power is limited to a case to be tried by judge and jury on a bill of indictment, and can only be exercised after the indictment has been signed or found. The wording ensured that the Attorney General in England exercised this power in open court.[374]

In *Dowson* v. *The Queen*,[375] the wording in the *Code* was similarly interpreted by the Supreme Court of Canada to preclude the entry of a stay prior to process (such as a summons or arrest warrant) being issued. However, the Supreme Court noted that a stay could be entered earlier in the case of summary conviction offences, and expressed the view that it appeared "anomalous" that this power of the Attorney General in relation to indictable offences did not arise at an earlier stage.[376]

Shortly after this decision, one commentator argued that there was no anomaly, because if the justice determined that no process should issue, then there would be no need to enter a stay. However, if process was issued, and thereafter a stay is entered:

> [T]he public knows that what is being terminated or suspended is the prosecution of a person against whom a case has been made out, and so judicially determined, that requires an answer. Where the stay is directed before that determination the public never knows whether the accused is a person who could not be prosecuted anyway.[377]

Apparently accepting that there was an anomaly in the limitation concerning when the Attorney General could enter a stay of proceedings, the government amended and expanded the definition. The *Criminal Code* now states that a stay may be entered "at any time after any proceedings in relation to an accused or a defendant are commenced and before judgment" (s. 579).

---

372. *R.* v. *Beaudry*, [1967] 1 C.C.C. 272 (B.C.C.A.). Note that this case was decided before the *Charter*, and so in similar circumstances today, a new challenge to the prosecutor's action might well be made.

373. *Criminal Code*, s. 579, formerly s. 508, prior to S.C. 1985, c. 19.

374. For a discussion of the development of the power of the Attorney General to use the *nolle prosequi* see *Law Officers, supra*, note 28 at 227-237, and *Attorney General, supra*, note 34 at 444-456.

375. [1983] 2 S.C.R. 144.

376. *Ibid.* at 158.

377. A.W. Mewett, "Stay of Proceedings" (1984-1985) 27 C.L.Q. 257 at 257-258.

Although the *Code* states when summary conviction proceedings are deemed to have commenced,[378] there is no similar provision with regard to indictable offences. Therefore the amendment leaves open the question of whether proceedings are commenced the moment an information is laid before a justice, or do not commence until the decision is made to issue process: that is, whether *Dowson* has been overruled by the legislation.

In *Hébert* v. *Marx*, the Quebec Superior Court considered this question. After considering the *Dowson* decision and the 1985 amendments to section 579, the Court held that:

> [TRANSLATION]
> The purpose of the 1985 amendment was not to hinder the right of the Attorney General to intervene in the context of indictable offences, but to move forward the moment of his intervention; it was not to weaken this power of intervention, but to strengthen it and clarify it.[379]

Consequently, the court held that the power to enter a stay arose as soon as an information was laid.

We agree that section 579 has changed the law in the manner suggested in *Hébert* v. *Marx*. However, we do not feel that this change is a desirable one. An important consideration in the use of the power to permanently discontinue proceedings is accountability. The *Dowson* decision and subsequent amendment to the *Code*, in our view, decrease accountability.

The present *Code* allows a stay to be entered before a decision has been made to issue process. In any case where a justice would have refused to issue process, this power is unnecessary. Further, in such a case the accused is denied the benefit of a judicial determination that there was no case to meet. In all cases the stay can be used to stop a private prosecution, thus depriving a private complainant of the right to bring an action. This will be accomplished by the clerk of the court entering a stay, acting on the instructions of the prosecutor. Thus the procedure need not take place publicly, and no explanation for the use of the power needs to be given. Particularly where the stay is entered before process is issued, the whole procedure need come under no public scrutiny. In our view, this is unsatisfactory, and steps should be taken to increase accountability in the use of the power.

(ii) Recommendations

38. The Attorney General or the public prosecutor may enter a permanent discontinuance in any prosecution, whether it has been commenced by a police officer or a private prosecutor.

---

378. *Criminal Code*., s. 788(1): "Proceedings under this Part shall be commenced by laying an information in Form 2."

379. [1988] R.J.Q. 2185 (S.C.) at 2191.

39. A permanent discontinuance must be entered in open court, after a decision has been made to issue process but prior to verdict.

Commentary

We believe that the supervisory capacity of the Crown is appropriate, and should be maintained. Therefore, we propose that the Attorney General, or the public prosecutor, should be entitled to enter a permanent discontinuance of any prosecution. As with a stay under the *Code*, the permanent discontinuance will be available to the Crown as of right; it will be entered on the instructions of the prosecutor.

We favour the availability of this power not just in public prosecutions, but also in privately commenced prosecutions. The Attorney General is responsible for the criminal prosecution service as a whole, and, as we have noted earlier, is accountable not only for discontinuing prosecutions, but also for allowing improper prosecutions to proceed.[380] In addition, the power to discontinue private prosecutions is further justified as a necessary safeguard to ensure that the greater access to the justice system which the Commission has proposed in *Private Prosecutions*[381] is not abused.

We have not required the public prosecutor to provide reasons to the court in seeking a permanent order of discontinuance. We acknowledge that requiring reasons would enhance accountability, and we did consider the possibility. We also considered not permitting discontinuance until after the accused had appeared in court, to avoid the possibility of proceedings being discontinued in a way that did not come to public notice.[382] We have concluded that in the absence of evidence of abuse, neither of these measures is necessary. We feel that given the public nature of the act, the potential for political accountability will provide adequate protection from abuse.

The public prosecutor is not accountable to the court for the exercise of the discretion to permanently discontinue, and the court has no say over whether the permanent discontinuance is entered. In that sense, therefore, providing reasons to the court is not necessary. This is not to say that the Attorney General or the public prosecutor will not choose to provide reasons.[383] In many cases, it will be advisable and desirable for the Attorney General to make a public statement in court concerning the reasons for the

---

380. See "The Attorney General and Crown Prosecutors" and "The Attorney General and Private Prosecutors" above at 15-22.

381. *Supra*, note 70.

382. For example the prosecutor could cause the information to be brought forward and withdrawn in a court where it would not ordinarily appear and at an unusual time, say 4:00 p.m. on a Friday afternoon. In this way the act of termination would not come to anyone's attention, and since the accused never appeared in court, the press in particular would likely never learn that a charge had been laid and then withdrawn, unless some disgruntled informant attempted to find out what happened and perhaps enlisted the aid of the press. However, it would probably be impossible to find it in the court records without the co-operation of the prosecutor.

383. Note, *e.g.*, *Re Dowson and R.*, *supra*, note 71, where the prosecutor read into the record, on behalf of the Attorney General, the reasons for staying that private prosecution.

permanent discontinuance; we have simply chosen not to require by statute that the Attorney General do so in every case. The Attorney General is accountable to Parliament for the exercise of this discretion, and accordingly can be questioned in the House; in the circumstances, this political accountability must be sufficient.

In addition, we feel it is important that the judiciary be independent of the prosecution. In recent years there has been an increased involvement of judges in the investigative stages of the process, reflected in their responsibilities in relation to the issuance of search warrants and electronic-surveillance authorizations. However, we are of the view that care must be taken to ensure that the distinction between the discretions exercised by the prosecution and those exercised by the judiciary does not become blurred.

Although not requiring reasons, we do propose two things to increase the accountability of the Attorney General when permanently discontinuing a prosecution. First, although entering the permanent discontinuance is essentially an administrative act, we require that it be entered in open court. This requirement will increase accountability by guaranteeing that permanently discontinuing a prosecution will be a public act. Second, we recommend a return to the situation prior to 1985 with regard to the timing of a permanent discontinuance — the power would only be available after a justice has decided to issue process.

Prosecutorial discretion will not be impaired by a return to this situation. The policy arguments in favour of imposing this limitation upon the prosecution's power were noted in the *Dowson* case by Mr. Justice Lamer:

> The power to stay is a necessary one but one which encroaches upon the citizen's fundamental and historical right to inform under oath a Justice of the Peace of the commission of a crime. Parliament has seen fit to impose upon the justice an obligation to "hear and consider" the allegation and make a determination. In the absence of a clear and unambiguous text taking away the right, it should be protected. This is particularly true when considering a text of law that is open to an interpretation that favours the exercise of that right whilst amply accommodating the policy consideration that supports the power to stay. When one adds to these considerations the fact that, apart from the court's control, the only one left is that of the legislative branch of government, given a choice, any interpretation of the law, which would have the added advantage of better ensuring the Attorney General's accountability by enhancing the legislative capacity to superintend the exercise of his power, should be preferred.[384]

Finally, it should be noted that we have not recommended any change with regard to how late in the proceedings a permanent discontinuance may be entered. At present, there can be cause for concern on the part of an accused when a stay is entered very late in the proceedings with the intention of recommencing new proceedings later. However, if it is known that no recommencement is intended, then there is no prejudice to the accused no matter how late the stay is entered. Accordingly we propose that a permanent discontinuance should remain available until verdict.

---

384. *Dowson* v. *R.*, *supra*, note 375 at 155.

(*b*) Guidelines for Permanently Discontinuing a Prosecution

(*i*) *Overview*

The Crown may, at present, withdraw or stay charges without having to account to the court or the public for the use of those powers. Internal standards used by the public prosecutor are not subject to public scrutiny, and therefore one cannot determine whether a particular discontinuance, or failure to discontinue, was in accordance with those guidelines, or indeed whether the guidelines themselves are appropriate.

(*ii*) *Recommendation*

40. Prosecutorial guidelines should be published by the Attorney General setting out factors to be considered when permanently discontinuing a prosecution. They should state, in broad terms, the factors that may be considered in determining whether to permanently discontinue proceedings, and the factors that should not be considered.

Commentary

We have already discussed the factors that properly enter into the decision to advise for or against laying a charge.[385] All of those considerations apply equally to the decision to discontinue a proceeding. Indeed, in our proposals, the guidelines are in one sense more important to the prosecutor at this later stage. When considering whether charges should be laid, prosecutors only have the ability to advise the police. It is only after charges are laid that the prosecutors will be able to impose their opinions, by stopping the proceedings through the use of a permanent order of discontinuance.

We favour broadly worded guidelines, for the same reasons as with guidelines for commencing prosecutions. The publication of guidelines will increase the accountability of public officials, educate the public as to the factors relevant to the decision, and assist Crown prosecutors in deciding when to use the power to discontinue.

3. Temporary Discontinuances

(*a*) Method and Timing of Temporarily Discontinuing a Prosecution

(*i*) *Overview*

A temporary discontinuance can be accomplished at present through either withdrawing or staying the charges, and then later laying new charges. A stay can be entered as of right at any time, and charges can be withdrawn as of right prior to plea. After plea, the permission of the court is required to withdraw charges.

---

385. See "Guidelines for the Initiation of Prosecutions" above at 76.

In cases where the prosecution does not intend to proceed with charges at a later date — a permanent discontinuance — a check on the power of the prosecutor is not necessary to ensure fairness to the accused. Where, however, the withdrawal is used as a temporary discontinuance, the accused may be prejudiced. In those circumstances, it is reasonable to have some judicial control over the power of the prosecutor.

For example, it has been held to be an abuse of process for the Crown to withdraw a charge to avoid an adverse ruling (typically a denial of an adjournment) and then re-lay the charge.[386] Withdrawing a charge upon which the Crown had elected to proceed summarily, in order to lay an identical new information and proceed indictably, has also been found to be abusive.[387] However, it is not always abusive to withdraw charges but then recommence proceedings. It is permissible for the Crown to lay a new charge, in order to describe more accurately the alleged conduct of the accused or to take account of a change in circumstance (where the victim of an assault has since died, for example). Similarly there is no abuse if the Crown withdraws a charge due to the unexpected absence of a witness and then recommences after the witness is found.[388]

The question which arises is the extent of judicial control that should be allowed over what is fundamentally a prosecutorial discretion. In our view, the courts ought not to have a general power to determine whether the prosecutor may temporarily discontinue a proceeding, even after the trial or preliminary inquiry has commenced.

Some possibility for judicial control is appropriate. First, one concern is whether the process of the courts is being abused by the act of temporarily discontinuing. Further, where a proceeding is temporarily discontinued, there is a greater possibility that the accused will not receive a trial within a reasonable time. At present there is no control over how late in the proceedings a stay may be entered; however, some control does exist with regard to withdrawals, since the permission of the court is necessary to withdraw charges after plea. Although this potential control is advisable, the present situation is unsatisfactory, in that it is always open to a prosecutor to choose to stay charges rather than allow the decision to be reviewed in an application to withdraw.

The limitations for commencing new proceedings must also be considered. At present, proceedings which are stayed must be recommenced at the latest within one year of the entry of the stay, or they shall "be deemed never to have been commenced."[389] However, the entry of a stay does not provide the Crown with any additional time for recommencement. Section 579 of the *Criminal Code* allows proceedings to be recommenced "within one year

---

386. See, *e.g.*, *R.* v. *Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273 (Ont. Prov. Ct); *R.* v. *Hickey* (1978), 44 C.C.C. (2d) 367 (Ont. Prov. Ct); and *R.* v. *Weightman* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303 (Ont. Prov. Ct).

387. *Re Parkin and R.* (1986), 28 C.C.C. (3d) 252 (Ont. C.A.); leave to appeal was refused by the Supreme Court of Canada, 23 June 1986.

388. *Re Ball and R.* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (Ont. C.A.). Note that the withdrawal in this case was prior to plea; for a fuller discussion of the issue of the abuse of the power to withdraw charges see Gautier, *supra*, note 251.

389. *Criminal Code*, s. 579.

after the entry of the stay of proceedings, or before the expiration of the time within which the proceedings could have been commenced, whichever is the earlier". Thus, for example, in the case of a summary-conviction offence, proceedings must normally be commenced within six months. If proceedings are commenced but stayed, the original six-month limit will apply to commencement of any new proceedings for that offence.[390]

In our view, this approach is appropriate. There are many legitimate reasons for which the Crown may wish to delay proceedings, and so the Crown must have the right to temporarily discontinue proceedings; however, this right should not be at the expense of the accused's right to have the trial take place expeditiously. Therefore the power to temporarily discontinue proceedings must take into account the accused's right to a trial within a reasonable time.

(ii) *Recommendations*

41. The Attorney General or the public prosecutor may enter a temporary discontinuance in any prosecution of which they have carriage, whether it has been commenced by a police officer or a private prosecutor.

42. A temporary discontinuance must be entered in open court, after a decision has been made to issue process but prior to the close of the Crown's case. The Attorney General or the public prosecutor must indicate to the court the reasons for entering the temporary discontinuance.

43. When a temporary discontinuance is entered, the limitation period for commencing later proceedings shall be governed in accordance with the recommendations in the forthcoming Working Paper *Trial Within A Reasonable Time*.

Commentary

As with the present stay, we have chosen to make the temporary discontinuance available as of right to the prosecutor. The prosecutor will be able to enter a temporary discontinuance in any prosecution. In the case of privately commenced prosecutions, however, the prosecutor will first have been required to have taken over control of the prosecution, as Recommendation 17 (and the law at present) allow; we see no value in allowing the public prosecutor to interfere in a private prosecution in this manner without taking it over.

Although the temporary discontinuance will be available as of right to the Crown, nonetheless there will also be stricter controls over the use of the power than at present. As with a permanent discontinuance, the temporary discontinuance must be entered in open

390. Whether a stay has an effect on the accused's right to a trial within a reasonable time, under s. 11(b) of the *Charter*, has yet to be determined. In *Re Burrows and R.* (1983), 6 C.C.C. (3d) 54 (Man. C.A.) this issue arose, but on the facts of the case (the new charges were laid on the same day that the stay was entered, which was within six months of the date of the offence), the court held that the total time taken was reasonable.

court; this requirement will assist in making the Attorney General and the public prosecutor accountable for the use of the power. Again as with permanent discontinuances, the temporary discontinuance cannot be entered until a justice has decided to issue process. We have explained the reason for attaching this restriction to permanent discontinuances. Since temporary discontinuances can become permanent (when new proceedings are not commenced within the time limit), the same restriction must be attached to them as well.

Unlike permanent discontinuances, temporary discontinuances will not be available to the Crown throughout the entire trial. It has been recognized in the *Charter* that an accused has a right to a trial within a reasonable time. That interest, however, is not simply in having the trial commence, but in having it proceed to a final resolution.

Cases in which a prosecutorial stay is entered very late in the proceedings interfere with that interest in having a charge resolved. It seems unfair, for example, that a prosecutor who is unhappy with a judge's charge to the jury should be able at that point to stay the proceedings and begin again. Therefore we propose that at a certain point in a trial, the Crown should no longer be able to temporarily discontinue proceedings.

We feel that the natural cut-off point is the close of the Crown's case. At present, the Crown is required at this point to consider whether all the evidence necessary to establish the guilt of the accused has in fact been adduced. If a witness has been unavailable, or for some other reason the prosecutor feels that not all necessary evidence has been available, then the case should not be closed. If the prosecutor decides that all necessary evidence has been presented, then the case will be closed. By not making temporary discontinuances available after this point, we are only depriving the Crown of a second chance to consider the adequacy of its case.

Further, although the temporary discontinuance is available as of right, this does not mean that there is no opportunity for judicial supervision of the use of the power. In fact, due to the time-limitation provisions in Recommendation 43, and the right of an accused to apply for a termination order, it will be possible for an accused to have the court determine whether the entering of the temporary discontinuance was so prejudicial that recommencement should not be allowed. It is for this reason that we have required the Crown to present its reasons for entering a temporary discontinuance.

We have recommended that the limitations for commencement of new proceedings should be governed by our forthcoming Working Paper *Trial Within A Reasonable Time*. In that paper we will make recommendations concerning limitation periods in general, as well as specifically dealing with commencement of new proceedings after a temporary discontinuance.

In *Trial Within a Reasonable Time*, we will recommend limitation periods based on the seriousness of the offence charged, and other factors: for example, the limitation period for the commencement of trial will be longer if the accused has elected to have a preliminary inquiry. Under the recommendation to be made in *Trial Within A Reasonable Time*, the

proposed limitation periods are presumptive; in particular circumstances, a shorter period might be found unreasonable, or a longer one reasonable.

One of the intentions behind our time limit proposals is to prevent the Attorney General's right to temporarily discontinue proceedings from automatically overriding the right of an accused to a trial within a reasonable time. Although a temporary discontinuance may be a factor justifying an extension of the limitation period, it will not guarantee such an extension. Further, a secondary benefit of the provisions will be to provide, in effect, an opportunity for judicial supervision of the prosecutor's decision to temporarily discontinue proceedings.

If the permission of the court were to be required before entering a temporary discontinuance, one of the factors to be considered would certainly be whether the accused was still likely to receive a trial within a reasonable time. Because of the limitations in *Trial Within A Reasonable Time*, however, one of two things will occur. First, the Crown might commence the new trial within the time limit for commencing the earlier proceedings; in this event, at least with regard to having a prompt trial, the accused will not have been prejudiced by the temporary discontinuance (though as in all cases, the accused can still argue that the presumptive limit is inappropriate in the particular case). Secondly, the Crown might not commence within that original time limit, but instead might apply to the court for an extension; in this case, it will be open to the court to refuse the extension, and so a protection for the rights of the accused exists. In either case, therefore, the court has the opportunity to determine that the accused has not been prejudiced by the temporary discontinuance.

The other reason a court might wish to supervise the Crown's use of a temporary discontinuance is to determine that no abuse of process takes place. In this event, however, the accused can be adequately protected without a specific power to review the entering of the temporary discontinuance. In a future Working Paper the Commission will recommend the creation of a "termination order", to be issued by the court on its own motion or that of the accused.[391] The termination order will be available whenever commencement or recommencement of proceedings would either be irreparably prejudicial to the ability of the accused to make full answer and defence, or would amount to an abuse of the court's process. This power, though it requires the accused to take the initiative, provides another opportunity for judicial review of whether the temporary discontinuance has prejudiced the accused.

It is because of these opportunities for supervision that we require the prosecutor to provide reasons when entering the temporary discontinuance. At a later stage, the court may be reviewing whether it is appropriate to let new proceedings be commenced. At that stage, it will be important to know why the temporary discontinuance was entered. There is a great difference between a witness having been unavailable because he or she was hospitalized, and because no one had served a subpoena on that witness. We require that the reasons be provided at the time of entering the discontinuance, rather than at the stage of any later review, in order to avoid the possibility of after-the-fact rationalization.

---

391. We expect to recommend this order in our forthcoming Working Paper *Remedies in Criminal Proceedings*.

(*b*) Commencement of New Proceedings

(*i*) *Overview*

At present, the entry of a stay acts to vacate any recognizance relating to the proceedings.[392] Section 579 of the *Code* indicates that proceedings may be recommenced "without laying a new information or preferring a new indictment".

However, it is also open to the Crown at present to commence new proceedings by laying a new charge. This charge can be, but need not be, identical to the previous one, and can be sworn by a different informant.[393]

(*ii*) *Recommendations*

44. A discontinuance vacates any appearance notice or undertaking made in respect of the proceedings which are discontinued. If later proceedings are commenced following a temporary discontinuance, arrangements to compel the appearance of the accused should be made in accordance with the recommendations in the Working Paper *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention*.

45. If proceedings are temporarily discontinued, later proceedings may be commenced either on a new charge document or on the original charge document.

Commentary

It is perhaps unnecessary to point out that, in the case of a permanent discontinuance, the accused should no longer be subject to any restraints on liberty that were imposed in connection with the charge that is now concluded. In keeping with our commitment to use restraint in the criminal law, we have concluded that the same should be true when proceedings are temporarily suspended: the accused should not be required to comply with the terms of the document compelling appearance. The Commission's recommendations in *Compelling Appearance*[394] contain proposals to arrange for attendance again should new proceedings be commenced.

Recommendation 45 reflects the concept that the temporary order of discontinuance does not end the proceedings. Any new proceedings will of course have to start again from the beginning, but nonetheless they are new proceedings on the same or a related charge. Therefore there is no need for a new charge document, although one may be used if it is administratively convenient to do so.

---

392. *Criminal Code*, s. 579.

393. *R.* v. *Judge of the Provincial Court, Ex parte McLeod, supra*, note 364.

394. LRC, *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-Trial Detention*, Working Paper 57 (Ottawa: The Commission, 1988).

CHAPTER THREE

Summary of Recommendations

1. To ensure the independence of the prosecution service from partisan political influences, and reduce potential conflicts of interest within the Office of the Attorney General, a new office should be created, entitled the Director of Public Prosecutions. The Director should be in charge of the Crown Prosecution Service, and should report directly to the Attorney General.

2. The Director of Public Prosecutions should not be a civil-service appointment. The Director should be appointed by the Governor in Council, and chosen from candidates recommended by an independent committee.

3. The Director should be appointed for a term of ten years, and should be eligible to be reappointed for one further term.

4. The Director should be removable before the expiry of a term. The grounds for possible removal should be misbehaviour, physical or mental incapacity, incompetence, conflict of interest, and refusal to follow formal written directives of the Attorney General.

5. The Director should only be removable by a vote of the House of Commons, on the motion of the Attorney General, following a hearing before a Parliamentary committee.

6. The Director should be paid the same salary and receive the same pension benefits as a judge of the Federal Court of Canada.

7. The Attorney General should have the power to issue general guidelines, and specific directives concerning individual cases, to the Director. Any such guidelines or directives must be in writing, and must be published in the *Gazette* and made public in Parliament. If it is necessary in the interests of justice, the Attorney General may postpone making public a directive in an individual case until the case concerned has been disposed of.

8. The Director should have the power to issue general guidelines, and specific directives concerning individual cases, to Crown prosecutors. Any general guidelines must be in writing, and must be published in an annual report by the Director to Parliament.

9. The Director should have all of the criminal-law-related powers of the Attorney General, including any powers given to the Attorney General personally. The Attorney General should also retain these powers.

10. The budget for the Office of the Director of Public Prosecutions should be included as a line item within the budget of the Attorney General. Control over the funds allocated to the office should rest with the Director, not with the Attorney General.

11. Ministerial responsibility for the police should not be the responsibility of the Attorney General. Policing should continue to be the responsibility of a separate minister.

12. The Department of the Solicitor General should be renamed the Department of Police and Corrections.

13. Section 2 of the present *Criminal Code*, which defines the Attorney General as including the Solicitor General, should be amended to delete reference to the Solicitor General, and reference to the Minister of Police and Corrections should not be added.

14. The Attorney General and the public prosecutor should have the power to require the police to make further inquiries once a prosecution has been launched to assist in the proper presentation of the prosecution's case and discovery of evidence tending to establish the guilt or innocence of the accused.

15. All public prosecutions should be conducted by a lawyer responsible to, and under the supervision of, the Attorney General.

16. The personal consent of the Attorney General should not be required prior to the prosecution of any crime.

17. The Attorney General and the public prosecutor should continue to have the power to take over any private prosecution.

18. Police officers should continue to have the ultimate right and duty to determine the form and content of charges to be laid in any particular case according to their best judgment and subject to the Crown's right to terminate the prosecution.

19. Before laying a charge before a justice of the peace, the police officer shall obtain the advice of the public prosecutor concerning the facial and substantive validity of the charge document, and concerning the appropriateness of laying charges. Legislation setting out the duties of the public prosecutor should be amended, if required, to state this duty explicitly.

20. When seeking the advice of the public prosecutor, the police officer shall advise the prosecutor of all the evidence in support of the charge and all the

circumstances of the offence, and the prosecutor shall where appropriate advise the police officer either that the evidence is not sufficient to support a conviction for the charge, or that a different charge or no charge would be more appropriate in all the circumstances.

21. Where it is impracticable to have the charge examined by the public prosecutor, or if the public prosecutor advises against proceeding with the charge, the peace officer nevertheless may lay the charge before a justice of the peace. In such cases, the peace officer must provide reasons to the justice of the peace explaining why it was impracticable to have the charge examined, or if applicable, must disclose that the public prosecutor has advised against the laying of the charge.

22. Prosecutorial guidelines should be published by the Attorney General dealing with the initiation of criminal proceedings. These guidelines should state, in broad terms, the factors that should and should not be considered in advising whether to initiate proceedings.

23. The factors stated in the guidelines should include: (1) whether the public prosecutor believes there is evidence whereby a reasonable jury properly instructed could convict the suspect; and if so, (2) whether the prosecution would have a reasonable chance of resulting in a conviction. The prosecutor should also take into account: (3) whether considerations of public policy make a prosecution desirable despite a low likelihood of conviction; (4) whether considerations of humanity or public policy stand in the way of proceeding despite a reasonable chance of conviction; and (5) whether the resources exist to justify bringing a charge.

24. Where there is a choice of trial forum following an election by an accused, the choice should remain that of the public prosecutor.

25. When the crime charged is punishable by more than two years imprisonment, the Attorney General may personally require, notwithstanding any election by the accused, that the accused be tried by a court composed of a judge and jury. When a trial by jury is required under this section, a preliminary hearing will be held unless one has been held prior to the direction of the Attorney General.

26. The exceptions in section 469 of the *Criminal Code*, placing certain offences within the absolute jurisdiction of a superior court of criminal jurisdiction, and section 473 of the *Criminal Code*, giving an accused the right to waive the jury for those offences, should be repealed.

27. The power of the Attorney General to prefer a charge should be retained.

28. A judge may make a termination order stopping the proceedings, if it is shown that the preferment of the charge constitutes an abuse of process.

29. The Attorney General personally may prefer a charge notwithstanding that the accused has not had a preliminary hearing. The court in which the charge is

preferred may adjourn the proceedings until the accused has been given full and fair disclosure of the prosecution case, including, when so ordered, signed witness statements.

30. The Attorney General shall provide the accused against whom a direct charge has been preferred reasons for the preferment.

31. Guidelines should be established by and published for the use of the Attorney General in deciding whether to prefer a charge when no preliminary hearing has been held. The guidelines should indicate that preferment is an exceptional procedure to be used only in rare and extraordinary circumstances, and that the Attorney General may consider, among others, the following factors:

(a) the fear that the security of the prosecution's witnesses or of other persons involved in the prosecution is jeopardized;

(b) the need to try the charge as soon as possible in order to preserve the Crown's case;

(c) the need to avoid a multiplicity of proceedings; and

(d) the need to avoid unconscionable delay or unduly prolonged proceedings that cannot otherwise be avoided.

32. When a preliminary hearing has been held, and the accused discharged, no charge may be preferred without the consent of a judge of the intended trial court. The judge shall consent only if satisfied (following submissions from the parties) that the judge at the preliminary hearing applied an erroneous legal principle, or that the accused committed a fraud on the administration of justice, which resulted in the discharge of the accused.

33. When an accused has been discharged upon the completion of a preliminary hearing and fresh evidence is subsequently discovered, an application may be made to the judge who presided at the preliminary hearing, or if that judge is unavailable, to another judge of that court, to reopen the preliminary hearing. The judge may order that the preliminary hearing be re-opened if it is shown that:

(a) the application was brought within a reasonable time after the discharge;

(b) the evidence could not have been adduced by due diligence at the preliminary hearing;

(c) the evidence bears upon a decisive issue, or potentially decisive issue;

(d) the evidence is reasonably capable of belief; and

(e) the evidence is such that taken with the other evidence adduced at the preliminary hearing it could reasonably be expected to have affected the result.

34. The Attorney General's statutory power to stay proceedings and common-law power to withdraw charges should be abolished. Those powers should be

replaced by a statutory power to discontinue proceedings, by entering either a temporary or permanent discontinuance.

35. A permanent discontinuance bars any further proceedings against the accused on the same charge or for substantially the same crime that is the subject of the order.

36. A temporary discontinuance stops the immediate prosecution of charges against the accused, but allows a later prosecution on the same charge or for substantially the same crime that is the subject of the order, within an appropriate limitation period.

37. (1) A discontinuance must state whether it is permanent or temporary.

(2) If new proceedings are not commenced following a temporary discontinuance within the appropriate limitation period, the temporary discontinuance shall become a permanent discontinuance.

38. The Attorney General or the public prosecutor may enter a permanent discontinuance in any prosecution, whether it has been commenced by a police officer or a private prosecutor.

39. A permanent discontinuance must be entered in open court, after a decision has been made to issue process but prior to verdict.

40. Prosecutorial guidelines should be published by the Attorney General setting out factors to be considered when permanently discontinuing a prosecution. They should state, in broad terms, the factors that may be considered in determining whether to permanently discontinue proceedings, and the factors that should not be considered.

41. The Attorney General or the public prosecutor may enter a temporary discontinuance in any prosecution of which they have carriage, whether it has been commenced by a police officer or a private prosecutor.

42. A temporary discontinuance must be entered in open court, after a decision has been made to issue process but prior to the close of the Crown's case. The Attorney General or the public prosecutor must indicate to the court the reasons for entering the temporary discontinuance.

43. When a temporary discontinuance is entered, the limitation period for commencing later proceedings shall be governed in accordance with the recommendations in the forthcoming Working Paper *Trial Within A Reasonable Time*.

44. A discontinuance vacates any appearance notice or undertaking made in respect of the proceedings which are discontinued. If later proceedings are commenced following a temporary discontinuance, arrangements to compel the appearance of the

accused should be made in accordance with the recommendations in the Working Paper *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention*.

45. If proceedings are temporarily discontinued, later proceedings may be commenced either on a new charge document or on the original charge document.

APPENDIX A

Institutional Arrangements in Great Britain

1. England and Wales

The Attorney General is the law officer responsible for initiating and terminating prosecutions. As noted in the historical sketch, the Attorney General acted on behalf of the Crown, and could initiate proceedings either by laying an information in front of a justice, or through the use of an *ex officio* information. Prosecutions can be stopped by the Attorney General's use of the *nolle prosequi* power.

In addition to those duties discussed above, the Attorney General may choose to appear personally in very important prosecutions. There are also numerous offences that cannot be prosecuted without the Attorney General's consent. The Attorney General is not a member of the Cabinet. There is a convention that decisions made as to the initiation, or termination, of criminal proceedings are not subject to the usual rules of collective government responsibility, and must be made in the public interest without regard to the political consequences, whether to the Attorney General personally, or to the governing party. Advice can be sought from other members of the government, but these decisions are those of the Attorney General alone.[1]

The Solicitor General acts as the deputy to the Attorney General, performing the same functions when the Attorney General is unavailable, and providing other assistance. The Solicitor General is also an important source of legal advice to the House of Commons. Like the Attorney General, the Solicitor General is not a member of the Cabinet, but does hold a seat in Parliament.[2]

The Lord Chancellor is a member of Cabinet, and is a member of the bar. The Lord Chancellor is *ex officio* the Speaker of the House of Lords. The primary responsibilities of the post are related to the administration of the courts, and for supervision of the conduct of magistrates and circuit judges. The Lord Chancellor recommends to the Queen who should

---

1. *Halsbury's Laws*, 4th ed., vol. 8 (London: Butterworths, 1974, at 789-794, paras. 1274-1282; Lord Hailsham, "Notes for a Lecture on the Law Officers and the Lord Chancellor" (1979) 17 Alta. L.R. 133 at 135-137; J.LI.J. Edwards, *Ministerial Responsibility for National Security* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1980) at 41; J.LI.J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (London: Sweet & Maxwell, 1964) at 222-224.

2. *Ministerial Responsibility for National Security*, *supra*, note 1 at 21-23 and 35; Hailsham, *supra*, note 1 at 137.

be appointed to the High Court. The post also carries with it membership in the Judicial Committee of the Privy Council.[3]

The Home Secretary for England and Wales has general powers of supervision for police, coroners, fire investigations, remand centres, probation, Borstal institutions and prisons. The Home Secretary is also responsible for administering legal aid, and the organization of magistrate's courts. Petitions for the exercise of royal prerogatives for mercy come to this office.[4]

The Director of Public Prosecutions institutes, and prosecutes, some serious criminal offences. The Director is under the supervision of the Attorney General, whom the Director must advise before taking action in particularly important prosecutions. The Director must be a senior member of the bar, with at least ten years' standing.[5]

2. Scotland

Scotland's Lord Advocate performs many of the same functions as the Attorney General elsewhere.[6] The Scottish Solicitor General acts as his or her deputy, and performs the functions of the office when the Lord Advocate is unable to act. As well, the Lord Advocate can delegate specific duties to the Solicitor General. Many Solicitors General have later become Lords Advocate.[7]

The Crown agent heads the professional prosecution staff in Scotland. The office of the Crown agent generates directives to assist the procurators fiscal, who represent the Lord Advocate before the Sheriff Courts. The office is staffed by professional prosecutors, known as advocates depute. It is these officials who review reports from the procurators fiscal to determine what charges should be initiated, and whether to proceed summarily or by indictment. In Scotland the accused has no right to a trial by jury, and it is the advocate depute who makes the determination of whether a jury will try the case. In unusually important or difficult cases, the Lord Advocate or the Solicitor General may become involved.[8]

The Scottish procurator fiscal retains common-law responsibility for investigating crime, and a statutory duty to instruct the Chief Constable to investigate offences. It is important to note that the office is independent of the police. The procurator fiscal is usually present at post-mortem examinations, and often attends the scene of serious crimes to

---

3. *Halsbury's Laws*, *supra*, note 1 at 722-734, paras. 1171-186; Hailsham, *supra*, note 1 at 133 and 139.

4. *Halsbury's Laws*, *supra*, note 1, at 772-776, paras. 1243-1247.

5. *Ibid.*, at 796, para. 1289; *Law Officers*, *supra*, note 1 at 10 and 362.

6. *Halsbury's Laws*, *supra*, note 1, at 789, para. 1274.

7. J.LI.J. Edwards, *The Attorney General, Politics, and the Public Interest* (London: Sweet & Maxwell, 1984) at 286-287.

8. *Ibid.* at 294-297.

oversee the collection of evidence. In most minor crimes the procurator fiscal plays no role in the investigation. The Philips Royal Commission on Criminal Procedure[9] concluded that, despite a requirement that the procurator fiscal approve cases for prosecution, in practice this was largely a formal function, and very few cases brought for their approval did not go ahead. The Philips Commission also concluded that, in practice, the line between investigative and prosecutorial functions was not clearly drawn.

9. Royal Commission on Criminal Procedure, *Report*, Cmnd 8092 (London: HMSO, 1981) at 135.

APPENDIX B

Distribution of Powers of federal and provincial Ministers of Justice, Attorneys General and Solicitors General

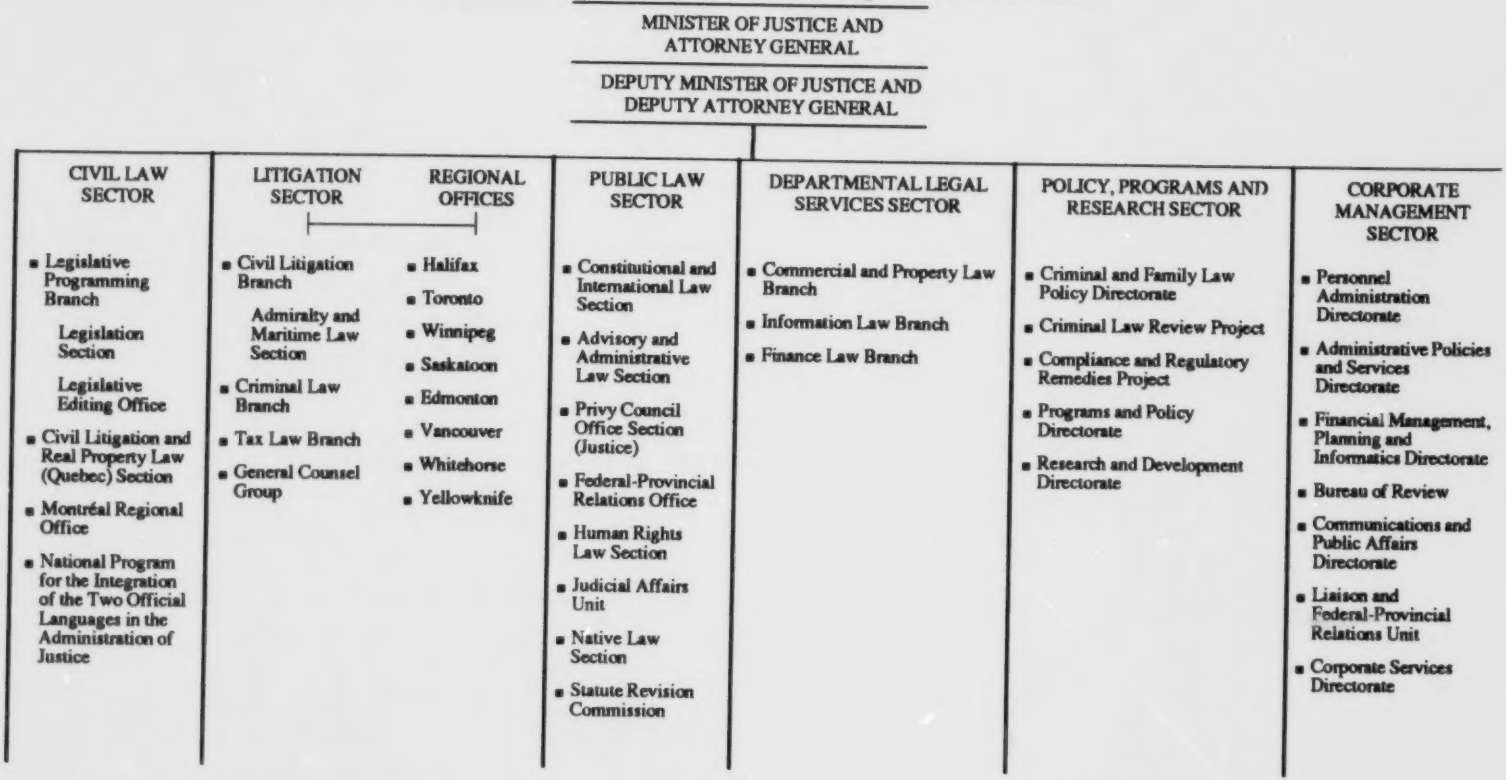
This chart only sets out divisions of responsibility established by statute. Some provinces have, on an administrative basis, assigned responsibilities to a particular law officer — in Québec, for example, the Minister of Justice is responsible for Charter scrutiny — but those assignments are not noted here. In Nova Scotia, Ontario, Manitoba, Alberta, and British Columbia, the title "Minister of Justice" is not used; in Prince Edward Island the minister is called the "Minister of Justice and Attorney General".

Abbreviations

MJ	Minister of Justice
AG	Attorney General
SG	Solicitor General
MPS	Minister of Public Security
X	Not noted

	Fed.	Nfld.	N.S.	P.E.I.	N.B.	Que.	Ont	Man.	Sask.	Alta.	B.C.
Pre-screening charges	X	X	X	X	X	AG	X	X	X	X	X
Prosecutions	AG	AG	AG	X	X	AG	AG	AG	AG	AG	AG
Other litigation	AG	AG	AG	X	X	AG	AG	AG	AG	AG	AG
Legal advice to government	AG	MJ	AG	X	X	MJ	AG	AG	MJ	AG	AG
Legal advice to Governor General/ Lieutenant-Governor	MJ	MJ	AG	X	X	MJ	AG	AG	AG	AG	AG
Legal policy	MJ	MJ	AG	X	X	MJ	AG	AG	MJ	AG	AG
Charter/Bill of Rights scrutiny	MJ	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Court administration	MJ	MJ	AG	X	X	MJ	AG	AG	MJ	AG	AG
Policing/corrections	SG	MJ	SG	X	X	MPS	SG	AG	AG	SG	SG

APPENDIX C
Organizational Structure of the Department of Justice



March 31, 1989

Source: Department of Justice, *Annual Report 1988-1989*

APPENDIX D

Comparison Chart of Director of Public Prosecutions Arrangements in Other Countries*

	ENGLAND	IRELAND	VICTORIA	AUSTRALIA
Appointed by	Attorney General	Government on committee recommendation	Governor in Council	Governor General
Term	until retirement age**	fixed by Prime Minister	to age 65	set term, up to 7 years
Grounds for removal	violation of law or normal rules of conduct, inefficiency**	after a report on health or conduct	none established**	possible for misbehaviour, physical, mental incapacity: necessary if bankruptcy, unauthorized absence, outside employment, non-disclosure of interests
Removal by	rules governing civil servants**	Dáil, on report by Chief Justice, Attorney General, High Court Judge	Governor in Council, affirmed by Parliament	Governor General
Salary	set by Attorney General and Treasury	set by Prime Minister and Minister for Public Service	same as Supreme Court Judges	set by Remuneration Tribunal
Pension	individual arrangement with Treasury**	same as salary	same as Supreme Court Judges	Civil Service pension or other plan with Minister of Finance approval**
Degree of independence	under superintendence of Attorney General	independent	independent	subject to direction by Attorney General in writing
Statutory	yes	civil servant	not civil servant	yes
Required to publish	annual report of general guidelines	n/s***	general guidelines	directions from Attorney General
Budget	Director appoints staff, Treasury approves numbers	Prime Minister appoints staff, Minister for Public Service governs	Director appoints staff, controls budget**	Public Service appointments, Director has power of a Permanent Head

* New Zealand has been omitted from the chart because it does not have a formal Director of Public Prosecutions.

** Information provided by private communication.

*** Not in statute.

poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la couronne

Document de travail 62

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 févr. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 févr. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite** (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes* (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, vol. 1 (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (19 mai 1988)
32. *Notre procédure pénale* (21 juin 1988)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation** (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement** (1985)
45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse** (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)

52. *Les poursuites privées* (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)
56. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)
57. *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès* (1988)
58. *Les crimes contre le fœtus* (1989)
59. *Pour une cour criminelle unifiée* (1989)
60. *Les discussions et ententes sur le plaidoyer* (1989)
61. *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain* (1989)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130, rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

*Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

POURSUITES PÉNALES : LES POUVOIRS DU PROCUREUR GÉNÉRAL ET DES PROCUREURS DE LA COURONNE

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 62

POURSUITES PÉNALES : LES POUVOIRS DU PROCUREUR GÉNÉRAL ET DES PROCUREURS DE LA COURONNE

1990

Données de catalogage avant publication (Canada)

Vedette principale au titre :

Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne

(Document de travail ; 62)
Texte en français et en anglais.
Titre de la p. de t. addit., tête-bêche : Controlling criminal prosecutions.
Comprend des références bibliographiques.
ISBN 0-662-57533-4

1. Procureurs généraux — Canada. 2. Ministère public — Canada. 3. Poursuites judiciaires — Canada. 4. Droit — Réforme — Canada. I. Commission de réforme du droit du Canada. II. Titre : Controlling criminal prosecutions. III. Titre : Les pouvoirs du Procureur général et des procureurs de la Couronne. IV. Collection : Document de travail (Commission de réforme du droit du Canada) ; 62.

KE8813.C66 1990 342.71'066 C90-090362-7F

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1990
N° de catalogue J32-1/62-1990
ISBN 0-662-57533-4

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa (Ontario)
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^e^ Gilles Létourneau, vice-président
M^e^ John Frecker, commissaire
M^me^ la juge Michèle Rivet, commissaire

Secrétaire

François Handfield, *B.A., LL.L.*

Coordonnateur de la section de recherche en procédure pénale

Stanley A. Cohen, *B.A., LL.B., LL.M.*

Conseillers

Marc Rosenberg, *LL.B.*
C. Jane Arnup, *LL.B.*
Stephen G. Coughlan, *B.A., M.A., LL.B., Ph.D.*

Conseiller spécial

Professeur J.Ll.J. Edwards, *LL.D.*

Table des matières

CHAPITRE PREMIER : Le rôle du procureur général 1

I. Introduction 1
II. Historique 2
III. Le rôle actuel du procureur général 8
A. Le procureur général et le pouvoir politique 8
B. Le procureur général et les procureurs de la Couronne 15
C. Le procureur général et les poursuivants privés 18
D. Le procureur général et les tribunaux 24
E. Le procureur général et la police 30

CHAPITRE DEUX : la nécessité d'une réforme 35

I. Introduction 35
II. La structure des ministères de la Justice et du Solliciteur général 36
A. Le ministère de la Justice 36
1. La seission des charges de ministre de la Justice et de procureur général 37
a) La situation actuelle 37
b) Recommandations 42
2. L'établissement d'un ministère public indépendant 44
a) La situation actuelle 44
(i) Le partage des responsabilités dans d'autres pays 44
(A) *Angleterre et pays de Galles* 44
(B) *République d'Irlande* 46
(C) *État de Victoria (Australie)* 48
(D) *Commonwealth d'Australie* 50
(E) *Nouvelle-Zélande* 52
(ii) Le contexte canadien : deux exemples 53
(iii) La nécessité de la réforme au Canada 54
b) Recommandations 55
B. Le ministère du Solliciteur général 61
1. Considérations d'ordre général 61
a) La situation actuelle 61
b) Recommandations 62
2. L'exercice des poursuites par la police 64
a) La situation actuelle 64
b) Recommandation 64
III. Les pouvoirs du procureur général 65
A. Introduction 65
B. Le consentement du procureur général 70
1. La situation actuelle 70
2. Recommandations 70
C. L'accusation 72
1. Les procureurs de la Couronne et la police 72

a) La situation actuelle 72
b) Recommandations 75
2. L'établissement de lignes directrices concernant l'engagement des poursuites 79
a) La situation actuelle 79
b) Recommandations 82
D. Le droit de regard du poursuivant quant à la juridiction 88
1. Le choix du mode de procès par l'accusé 88
a) La situation actuelle 88
b) Recommandation 88
2. L'article 568 du *Code criminel* 89
a) La situation actuelle 89
b) Recommandation 89
3. L'article 473 du *Code criminel* 90
a) La situation actuelle 90
b) Recommandation 91
E. L'inculpation directe 92
1. Observations de nature générale 92
a) La situation actuelle 92
b) Recommandations 94
2. L'inculpation directe sans enquête préliminaire intérieure 95
a) La situation actuelle 95
b) Recommandations 97
3. L'inculpation directe après la libération de l'accusé au terme de l'enquête préliminaire 99
a) La situation actuelle 99
b) Recommandations 101
F. L'interruption des poursuites 103
1. Considérations d'ordre général 103
a) La situation actuelle 103
b) Recommandations 106
2. L'arrêt définitif de la poursuite 109
a) La méthode utilisée et le moment choisi 109
(i) Considérations d'ordre général 109
(ii) Recommandations 111
b) L'établissement de lignes directrices pour l'arrêt définitif des poursuites 113
(i) La situation actuelle 113
(ii) Recommandation 114
3. La suspension des poursuites 114
a) La méthode utilisée et le moment choisi 114
(i) Considérations d'ordre général 114
(ii) Recommandations 116
b) La reprise des procédures 118
(i) La situation actuelle 118
(ii) Recommandations 119

CHAPITRE TROIS : Sommaire des recommandations 121

ANNEXE A : La répartition des responsabilités en Grande-Bretagne 127

ANNEXE B : La répartition des pouvoirs entre le ministre de la Justice, le procureur général et le solliciteur général 130

ANNEXE C : Organigramme du ministère de la Justice 131

ANNEXE D : Tableau comparatif des caractéristiques du poste de directeur des poursuites pénales dans d'autres pays 132

CHAPITRE PREMIER

Le rôle du procureur général

I. Introduction

Le procureur général, à l'échelon fédéral comme à l'échelon provincial, personnifie au Canada le régime des poursuites pénales engagées au nom de l'État. Par le truchement du Parlement et des assemblées législatives provinciales, il rend compte au public de l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la common law et par la législation. Il se trouve au centre même du système judiciaire. Confiées à ses représentants, les poursuites relatives aux infractions prévues au *Code criminel*[1] ainsi que par d'autres lois fédérales et provinciales se déroulent sous sa surveillance; ce droit de regard s'étend du reste aux poursuites pénales privées. Par ailleurs, c'est aussi de lui que relevaient traditionnellement la police et les établissements de détention (c'est de moins en moins le cas aujourd'hui).

Le ministre de la Justice joue lui aussi un rôle central dans le système judiciaire fédéral. Membre du Cabinet, il exerce des responsabilités politiques. Au niveau fédéral, il est le principal artisan, au sein du gouvernement, de la politique de celui-ci dans tout ce qui touche au droit; il est également responsable du système judiciaire et, d'une manière générale, de l'administration de la justice; enfin, il assume la fonction de conseiller juridique auprès du Cabinet.

Vu les importantes fonctions rattachées à chacune de ces charges, il est particulièrement remarquable qu'elles soient, au Canada, confiées à la même personne. Sur le plan fédéral, la loi prévoit en effet la désignation d'un ministre de la Justice qui est d'office procureur général du Canada, tandis que dans chaque province une personne cumule ces fonctions, qui porte tantôt le titre de procureur général, tantôt celui de ministre de la Justice. Le terme «procureur général» désignera dans ce texte le titulaire de cette double charge, à moins que le contexte ne s'y oppose.

Le poste de procureur général doit, cela va sans dire, être confié à une personne intègre et responsable. L'engagement des poursuites pénales, notamment, pose des risques de conflits d'intérêts particulièrement aigus. Plusieurs cas récents — l'enquête sur l'affaire

1. L.R.C. (1985), ch. C-46.

Donald Marshall[2], l'enquête «Ticketgate» au Manitoba[3], la démission du procureur général de la Colombie-Britannique[4], l'enquête sur l'affaire Patricia Starr[5] — ont fait ressortir combien il importe que le titulaire de cette charge soit capable de neutralité et soit au-dessus des pressions, politiques ou autres.

Nous nous proposons dans ce document d'étudier le rôle et les attributions du titulaire de la double charge de procureur général et de ministre de la Justice à l'échelon fédéral. Nos recommandations porteront d'une part sur la structure administrative dans laquelle cette charge s'inscrit, et d'autre part sur les pouvoirs particuliers attribués aux procureurs de la Couronne, subordonnés au procureur général, en ce qui a trait à l'engagement, à l'exercice et à l'abandon des poursuites pénales. Les recommandations touchant la structure administrative seront spécifiquement destinées au ministère fédéral de la Justice; mais à notre sens, elles pourraient aisément être mises en œuvre à l'échelon provincial également. Quant à celles qui ont trait aux pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne en matière de poursuites, elles concernent directement les provinces.

II. Historique

Lorsque le législateur, au provincial comme au fédéral, a institué la charge de procureur général, il y a rattaché les pouvoirs et fonctions traditionnellement attribués au procureur

---

2. La commission établie en Nouvelle-Écosse avait pour mission d'enquêter sur le cas de Donald Marshall, condamné pour meurtre à la suite d'une erreur judiciaire. Voir COMMISSION ROYALE SUR LA POURSUITE CRIMINELLE CONTRE DONALD MARSHALL Jr., [Rapport] 7 vol., Halifax, La Commission royale, 1989. Certains témoignages ont suscité des interrogations sur les rapports entre la police et le bureau du procureur général dans le domaine des inculpations, ces rapports ayant pu influer sur la décision de ne pas porter d'accusations contre un membre du Cabinet provincial.

3. Une enquête policière a entraîné l'inculpation d'avocats et de juges du Manitoba, accusés de manœuvres répréhensibles relativement à des contraventions. Le bureau du procureur général a exercé les poursuites, mais il participait en même temps, dans l'exercice de ses attributions en matière d'«administration de la justice», à des négociations avec les juges sur le traitement, les pensions, etc. Voir *The Dewar Review: A report prepared by The Honourable A.S. Dewar at the request of the Attorney-General of Manitoba*, inédit, octobre 1988. La Commission Dewar a déclaré dans son rapport qu'un fonctionnaire, en particulier, se trouvait clairement en situation de conflit d'intérêts : il avait entamé des discussions sur le plaidoyer avec l'avocat d'un des juges, tout en participant aux discussions touchant la pension à verser à ce juge. Cette question est traitée dans la section intitulée «La scission des charges de ministre de la Justice et de procureur général», *infra*, p. 37.

4. Au début de 1988, Brian Smith abandonnait ses fonctions de procureur général de la Colombie-Britannique. Il a attribué sa démission aux tentatives d'ingérence du Cabinet dans les décisions prises en matière d'inculpation, qui devraient relever exclusivement du procureur général.

5. Une enquête judiciaire avait été mise sur pied en Ontario au sujet d'un certain nombre de contributions politiques douteuses. Le procureur général de l'Ontario, Ian Scott, a signalé qu'il pourrait s'avérer nécessaire que lui-même ou le bureau des procureurs de la Couronne conseille les policiers enquêteurs sur l'opportunité de porter des accusations. Dans ces conditions, il a jugé inopportun d'agir en même temps en qualité de conseiller juridique du gouvernement, et l'on a retenu les services d'un avocat de l'extérieur.

général de l'Angleterre et du pays de Galles. Un bref rappel historique nous sera donc des plus utiles pour mieux comprendre en quoi elle consiste[6].

À l'origine, le terme «King's Attorney» (ou procureur général) désignait simplement l'avocat chargé de veiller aux intérêts du souverain, sur le plan juridique, dans tout le royaume. Quant au «King's Solicitor», ancêtre du solliciteur général, c'était l'adjoint principal du procureur général[7]. Au XVI[e] siècle, la plupart des poursuites pénales étaient engagées par de simples citoyens, mais il arrivait à l'occasion que la Couronne, par son représentant, en prenne l'initiative. Comme elles étaient habituellement intentées au nom du souverain, la Couronne (par la voix de son représentant) avait la faculté de mettre fin aux procédures avant le jugement[8]. Ce pouvoir d'intervention en est donc venu à être exercé par le procureur général ou par le solliciteur général. Dans bien des cas, ce dernier agissait en qualité d'adjoint du procureur général et il accomplissait une grande partie des tâches ressortissant à la fonction d'avocat.

En Angleterre et au pays de Galles, le procureur général jouissait de deux grands pouvoirs : celui de déclencher des poursuites pénales et celui d'y mettre fin. Il pouvait engager l'action publique soit en faisant une dénonciation devant un juge de paix et en demandant la délivrance d'un acte judiciaire, soit en recourant à la procédure de la dénonciation *ex officio*[9], prévue uniquement pour les cas de *misdemeanours*[10], qui entraînait le renvoi devant la *Star Chamber* (la Chambre étoilée, cour investie de pouvoirs discrétionnaires importants en matière criminelle). Après l'abolition de celle-ci, le procureur général pourra faire la dénonciation auprès de la *Court of King's Bench*, ou procéder

---

6. PHILIP STENNING a réalisé, sous les auspices de la Commission de réforme du droit (ci-après CRD), une étude approfondie sur les origines du système de poursuites publiques : *Appearing for the Crown*, Cowansville (Qc), Brown Legal Publications, 1986. Nous ne relatons ici que quelques-uns des faits qui y sont évoqués.

7. *Id.*, pp. 15-16.

8. *Id.*, p. 17.

9. La dénonciation *ex officio* est définie de la façon suivante dans le *Oxford Companion to Law*, D. WALKER (dir.), Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 444 :

> [TRADUCTION]
> Dénonciation criminelle produite par le procureur général, au nom de la Couronne, relativement à un crime portant atteinte à la paix et à l'ordre public dans le pays. On l'utilisait à l'égard des écrits ou des discours séditieux, des émeutes séditieuses, des libelles visant des ambassadeurs étrangers et des actes entravant le travail des fonctionnaires. Cette procédure a été abolie en 1967.

10. On trouve la définition suivante du *misdemeanour* dans le *Oxford Companion to Law*, *op. cit.*, note 9, p. 843 :

> [TRADUCTION]
> Suivant la common law de l'Angleterre, crime moins grave que la *treason* et que la *felony*. Faisaient partie de la catégorie des *misdemeanours* certains crimes graves, comme le complot, l'émeute, les voies de fait, mais il s'agissait dans bien des cas d'infractions relativement mineures. En 1967, on a aboli toute distinction entre *felony* et *misdemeanour*, les règles applicables aux *misdemeanours* étant rendues applicables aux infractions appartenant aux deux catégories. On a établi plutôt une distinction entre les infractions qui sont *arrestables* et celles qui ne le sont pas; les premières sont les infractions à l'égard desquelles la peine est fixée par la loi ou dont l'auteur est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans.

directement par mise en accusation devant cette juridiction. Il pourra aussi mettre fin à toute poursuite pénale privée (sauf l'*appeal of felony*[11]).

Le procureur général d'Angleterre et du pays de Galles était à la tête du barreau (il l'est encore aujourd'hui), ce qui lui donnait le droit d'être entendu avant tout autre avocat, quelle que soit la juridiction, s'il plaidait lui-même. Il pouvait mettre fin à toute poursuite pour *felony* en ayant personnellement recours au *nolle prosequi*[12]. Il pouvait aussi prendre en main les poursuites privées si le poursuivant y consentait. Peut-être même la chose était-elle possible sans ce consentement, mais ce n'est pas certain[13].

---

11. La définition suivante du terme *appeal of felony* figure dans le *Oxford Companion to Law*, *op. cit.*, note 9, p. 69 :

    [TRADUCTION]
    Dans les cas de mort causée par meurtre ou *manslaughter*, le seigneur du défunt, sa veuve ou son héritier de sexe masculin pouvait présenter un appel, essentiellement une accusation, une contestation ou une demande pour le préjudice personnel subi plutôt que pour le préjudice public. Cet appel pouvait être présenté même après que l'intimé eut été mis en accusation, jugé et acquitté. Le défendeur pouvait exiger un procès par combat. Les parties devaient s'affronter personnellement; mais les femmes, les prêtres, les enfants, les personnes âgées de plus de soixante ans, les infirmes et les aveugles pouvaient engager un champion. Le combat se déroulait devant les juges du *King's Bench* ou des *Common pleas*; les parties, armées d'un long bâton et d'un bouclier de cuir, combattaient du lever du soleil jusqu'à la tombée de la nuit, ou jusqu'à ce que l'une d'elles crie grâce. Le défendeur pouvait se disculper au moyen de l'ordalie ou, lorsque celle-ci fut abolie, par un procès devant jury *per patriam*. S'il perdait le combat ou était déclaré coupable, il subissait le même sort que s'il avait été déclaré coupable après une mise en accusation et la Couronne n'avait aucun pouvoir de pardon vu le caractère privé de l'appel. Cette procédure a fini par tomber en désuétude sans toutefois être abolie formellement. En 1817, Ashford a présenté un *writ* d'appel devant le *King's Bench* contre Thornton, relativement au viol et au meurtre prétendus de Mary Ashford. Thornton avait déjà été jugé et acquitté de ce crime par la Cour d'assises; il a demandé un procès par combat contre Ashford, qui n'a pas relevé le défi; Thornton a été libéré. Voir *Ashford* c. *Thornton* (1818), 1 B. & Ald. 405. L'année suivante, le législateur abolissait l'*appeal of felony* et le procès par combat.

12. L'expression *nolle prosequi* est définie de la manière suivante dans le *Oxford Companion to Law*, *op. cit.*, note 9, p. 883 :

    [TRADUCTION]
    En matière civile, engagement du demandeur de renoncer à son action, en totalité ou en partie, ou à l'égard de certains défendeurs. Le procureur général de l'Angleterre peut en tout temps, dans toute action pénale engagée par mise en accusation, enregistrer un *nolle prosequi* et ainsi mettre fin aux procédures. L'origine de ce pouvoir demeure incertaine, mais son fondement paraît être le suivant : comme les poursuites pénales sont déclenchées au nom de la Couronne, celle-ci peut y mettre fin. La première occurrence remonte à l'année 1555. La cour, dans un tel cas, interdira toute procédure ultérieure dans le cadre de l'instance, sans chercher à connaître les motifs ou la justification de la décision du procureur général. Le *nolle prosequi* n'équivaut pas à un acquittement; il n'empêche pas une nouvelle mise en accusation relativement à la même infraction.

    Aux U.S.A., le pouvoir discrétionnaire est conféré au poursuivant, par exemple le *district attorney*; il peut être exercé si l'accusé s'engage à dédommager la victime ou à plaider coupable relativement à une accusation de moindre gravité.

13. STENNING, *op. cit.*, note 6, pp. 30-31.

Ce système britannique sera dans une large mesure repris dans les colonies des Maritimes et du Haut-Canada, avec certaines modifications. On y instituera, ainsi qu'au Bas-Canada, la charge de procureur général. Il importe toutefois de souligner que les titulaires participeront davantage aux poursuites qui, en Angleterre, auraient normalement revêtu un caractère privé[14]. Dans le Haut-Canada, par exemple, la première loi établissant un système fondé sur la fonction de procureur de la Couronne a été adoptée plus de vingt ans avant son pendant britannique; elle s'inspirait en fait du système en vigueur en Écosse[15].

Deux comités furent formés au sein du Conseil exécutif de la province du Canada pour étudier les problèmes liés à l'administration de la justice dans l'Est et l'Ouest du Canada[16]. L'objet du rapport de 1846 consistait à voir de quelle manière procéder pour intégrer au gouvernement les deux procureurs généraux et les deux solliciteurs généraux après l'union des deux Canadas. La recommandation du Comité : que les quatre titulaires conservent leur siège au Parlement, mais que seuls les procureurs généraux demeurent membres du Conseil exécutif. La fonction de procureur général consisterait principalement à défendre les intérêts de la Couronne devant les tribunaux et à agir à titre de conseiller juridique auprès des autres membres du Cabinet. Quant aux solliciteurs généraux, ils continueraient selon les besoins de prêter main-forte aux procureurs généraux, et notamment de représenter la Couronne devant les tribunaux. Lorsque aucun des quatre ne serait en mesure de plaider devant le tribunal, le procureur général ou le solliciteur général pourrait donner à un avocat, normalement un «conseiller de la Reine», instruction de les représenter[17].

La *Loi constitutionnelle de 1867*[18], texte à l'origine de la fédération canadienne, comporte plusieurs dispositions dont il y a lieu de tenir compte lorsque l'on étudie le rôle du procureur général. Citons notamment celles-ci :

1. Le paragraphe 91(27), qui donne au Parlement compétence exclusive concernant : «[l]a loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle»;

2. Le paragraphe 92(14), qui donne aux législatures provinciales compétence exclusive à l'égard de : «[l]'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province,

---

14. *Id.*, p. 40.

15. On trouvera des détails sur l'établissement de ce système au moyen de *L'Acte des avocats de comté du Haut Canada*, S.C. 1857, ch. 59, dans M. Bloos, «The Public Prosecutions Model From Upper Canada» (1989), 32 *C.L.Q.* 69.

16. Province of Canada, Committee of the Executive Council respecting the Salaries and Emoluments of the Law Officers of the Crown in this Province and the Fees to Queen's Counsel for Services rendered by them for the Crown payable out of the Public Funds, 1844 (NRG1, E1, Canada State Book C, pp. 563-569) et Province of Canada, Special Committee of the Executive Council in relation to the remuneration and duties of the Crown Law Officers, 1846 (RG1, E1, Canada State Book F, pp. 85-100) cités dans Stenning, *op. cit.*, note 6, pp. 64-68.

17. Stenning, *op. cit.*, note 6, pp. 64-68.

18. 30 & 31 Vict., R.-U., ch. 3.

ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles devant ces tribunaux»;

3. L'article 63, suivant lequel «[le] conseil exécutif d'Ontario et de Québec se composera des personnes que le lieutenant-gouverneur jugera, de temps à autre, à propos de nommer, et en premier lieu, des officiers suivants, à savoir : le procureur-général [. . .] et — dans la province de Québec — [. . .] le solliciteur général»;

4. L'article 134, qui prévoit notamment la nomination, sous le grand sceau de la province, du procureur général et en plus, au Québec, du solliciteur général;

5. L'article 135, suivant lequel le procureur général et le solliciteur général continueront d'avoir «tous les droits, pouvoirs, devoirs, fonctions, obligations ou attributions» qui leur étaient conférés ou imposés avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, jusqu'à ce que la législature en ordonne autrement.

Par suite de cette répartition des compétences, la majorité des poursuites pénales allaient dorénavant relever des procureurs généraux des provinces et de leurs représentants.

Après la création de la fédération, chacun des gouvernements fédéral et provinciaux a institué les charges de procureur général ou de ministre de la Justice, encore que les désignations ne fussent pas uniformes d'une province à l'autre. Conformes dans une certaine mesure au modèle britannique, les attributions rattachées à ces charges s'en écartaient néanmoins sur des points importants. Des explications complètes sur la situation en Angleterre et en Écosse figurent à l'annexe A, mais nous en décrirons certains aspects dans les pages qui suivent.

Le premier texte législatif du Parlement fédéral sur la charge de procureur général est l'*Acte concernant le Département de la Justice*[19], par lequel fut établi le ministère de la Justice. Dans la version originale (1868) de cette loi, les fonctions attribuées au ministre de la Justice sont les suivantes : agir en qualité de conseiller juridique officiel auprès du gouverneur général et du Cabinet; veiller à ce que l'administration des affaires publiques se fasse en conformité avec la loi; exercer une surveillance quant à tout ce qui concerne l'administration de la justice au Canada, dans les limites de la compétence fédérale; faire des recommandations touchant l'activité législative des provinces[20].

La loi de 1868 disposait également que le ministre de la Justice était d'office procureur général du Canada. Par ailleurs, le procureur général se voyait confier les pouvoirs et fonctions «qui dépendent de la charge du Procureur-Général d'Angleterre par la loi ou l'usage[21]». Il jouissait en fait des pouvoirs que les textes provinciaux antérieurs à 1867 avaient conférés aux procureurs généraux des provinces, dans la mesure où ces textes

19. S.C. 1868, ch. 39.

20. *Id.*, art. 2.

21. *Id.*, art. 3.

ressortissaient maintenant à la compétence fédérale. Le procureur général avait d'autres responsabilités : agir à titre de conseiller juridique auprès des ministères; approuver les instruments publiés sous le grand sceau du Canada; exercer une surveillance générale à l'égard des prisons et des pénitenciers; s'occuper de tous les litiges auxquels est partie la Couronne du chef du Canada[22]. Par ailleurs, lors de la création en 1873 de la Police à cheval du Nord-Ouest, la surveillance en fut confiée au ministère de la Justice[23].

Quant à la charge de solliciteur général fédéral, elle fut établie en 1887, en vertu de l'*Acte pourvoyant à la nomination d'un Solliciteur général*[24]. Ce texte prévoyait en effet la désignation d'un solliciteur général, qui «aidera au ministre de la Justice dans les travaux de conseil du ministère de la Justice[25]». En réalité, le titulaire se voyait attribuer le rôle traditionnellement associé à ce poste en Angleterre, à savoir, être l'adjoint du procureur général.

Dans chaque province, on s'en est tenu à l'usage consistant à confier à une seule et même personne les fonctions de ministre de la Justice et de procureur général. La répartition des responsabilités entre les deux charges n'était cependant pas uniforme. On trouvera à l'annexe B un tableau montrant les différences d'une province à l'autre sous ce rapport.

En rendant obligatoire le cumul des fonctions de procureur général et de ministre de la Justice, les textes fédéral et provinciaux s'écartaient du modèle anglais. Le procureur général britannique, par exemple, n'est pas membre du Cabinet et ses attributions sont considérablement moins importantes que celles de son pendant canadien. En Angleterre, la police et les prisons relèvent du ministre de l'Intérieur (*Home Secretary*), ainsi que l'administration des tribunaux dans une certaine mesure. Il partage cette dernière responsabilité avec le lord chancelier, qui par ailleurs fait des recommandations quant au choix des juges, veille au bon fonctionnement du système judiciaire et est conseiller juridique auprès du Cabinet. Tous deux font partie de celui-ci et exercent donc des responsabilités politiques.

Le législateur canadien, lorsqu'il a adopté la loi établissant la charge de procureur général fédéral, a donc rattaché à celle-ci plusieurs responsabilités : s'occuper des poursuites judiciaires, agir à titre de conseiller juridique auprès du gouvernement, s'occuper de l'administration des tribunaux, surveiller la police ainsi que l'administration des prisons et des pénitenciers. Et toutes ces fonctions, il les confiait à un membre du Cabinet — donc à une personne investie de responsabilités de nature politique. Or, il s'agit de fonctions qui, dans la tradition britannique, demeuraient séparées et qui de nos jours, en Angleterre, sont réparties entre les titulaires de cinq postes différents.

---

22. *Ibid.*

23. *Acte concernant l'administration de la justice et l'établissement d'un corps de police dans les Territoires du Nord-Ouest*, S.C. 1873, ch. 35. Voir les observations sur la création de ce corps policier dans P. STENNING, *Le statut juridique de la police*, document d'étude préparé pour la CRD, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1981, pp. 47-48.

24. S.C. 1887, ch. 14.

25. *Id.*, art. 1.

Si depuis lors la loi a été modifiée, dans l'ensemble le système est resté intact. C'est ainsi que relèvent du solliciteur général, depuis 1966, la GRC, les prisons et les pénitenciers ainsi que les libérations conditionnelles et les réductions de peine[26]. Cela est contraire aux fonctions traditionnellement attribuées au solliciteur général en Angleterre, et l'anomalie se retrouve maintenant non seulement au palier fédéral, mais aussi dans six provinces[27]. À cette exception près, cependant, les fonctions attribuées au ministre de la Justice et au procureur général sont aujourd'hui les mêmes qu'en 1868.

III. Le rôle actuel du procureur général

Pour comprendre en quoi consiste la fonction de procureur général de nos jours, il est indispensable de bien cerner les divers rôles assignés à son titulaire. Membre du Cabinet, le procureur général rend compte au Parlement et au public. Par ailleurs, il est à la tête du ministère public. De ce fait, il a la responsabilité des poursuites pénales engagées par l'État, il exerce une surveillance à l'égard des poursuites privées et est partant soumis à l'autorité des tribunaux. En outre, il a déjà eu la responsabilité de la police sur le plan fédéral, et l'a du reste conservée dans certaines provinces. Nous étudierons donc successivement chacune de ces facettes de la fonction de procureur général.

A. Le procureur général et le pouvoir politique

En Angleterre, le procureur général ne fait pas partie du Cabinet et échappe à l'autorité de celui-ci dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de poursuites. Il est établi depuis le début du siècle qu'il peut — sans y être tenu — demander l'avis des ministres. Les propos suivants, tenus par lord Shawcross en 1951 (il était à ce moment procureur général) constituent l'exposé le mieux connu des rapports entre le titulaire de cette charge et le Cabinet :

> [TRADUCTION]
> À mon avis, le principe applicable peut s'énoncer de la façon suivante. Pour décider s'il y a lieu d'autoriser la poursuite, le procureur général doit se familiariser avec tous les faits pertinents, par exemple, l'effet que la poursuite, qu'elle aboutisse ou non, est susceptible d'avoir sur le moral de la population et l'ordre public, ainsi qu'avec tout autre aspect touchant l'intérêt public. Pour ce faire, il peut — sans y être tenu à mon avis — consulter l'un ou l'autre de ses collègues au gouvernement; en fait, comme l'a dit un jour lord Simon, ne pas le faire serait dans certains cas stupide. Mais ses collègues peuvent seulement l'informer d'éléments particuliers susceptibles d'influer sur sa décision; leur assistance ne consiste pas

---

26. *Loi de 1966 sur l'organisation du gouvernement*, S.C. 1966-1967, ch. 25, art. 4. La responsabilité des prisons et des pénitenciers est passée du procureur général au ministre de la Justice avec l'adoption de la *Loi du ministère de la Justice*, S.R.C. 1906, ch. 21.

27. En Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique, le solliciteur général est responsable de la police, tandis qu'au Québec, cette responsabilité est confiée au ministre de la Sécurité publique. Par ailleurs, bien que l'article 2 du *Police Act* de l'Alberta, S.A. 1988, ch. P-12.01 attribue l'administration de cette loi au solliciteur général, tous les services de police et les agents de la paix continuent à relever du procureur général.

(et ne doit pas consister) à lui dire quelle devrait être sa décision, dont la responsabilité lui incombe. Il ne doit subir aucune pression de la part de ses collègues à ce sujet, et il n'en subit aucune. Le procureur général ne peut non plus, il va sans dire, se décharger sur ses collègues de la responsabilité de la décision. Lorsque se posent des considérations politiques qui, au sens large que j'ai indiqué, influent sur le gouvernement d'un point de vue théorique, le procureur général doit en être le seul juge et les aborder avec la neutralité qui caractérise sa fonction[28].

Cette indépendance, il faut toutefois le signaler, relève simplement des conventions. Comme l'observait un auteur, il est difficile de trouver [TRADUCTION] «quelque fondement *juridique* que ce soit pour affirmer que le procureur général a le droit d'agir d'une manière indépendante[29]».

Au Canada, la situation est moins claire. Contrairement à son collègue britannique, le procureur général y est membre du Cabinet et, en vertu de la loi, également ministre de la Justice, responsable à ce titre de la «surveillance de toutes les matières qui concernent l'administration de la justice au Canada[30]». Il a en outre toujours été investi des pouvoirs et des fonctions exercés en Angleterre par le ministre de l'Intérieur (*Home Secretary*) et le lord chancelier — tous deux membres du Cabinet.

Stenning souligne, en parlant de l'époque coloniale — le procureur général était alors un avocat dont le gouvernement retenait les services —, que [TRADUCTION] «nul conseiller juridique de la Couronne (*law officer*) ne pouvait sérieusement croire à ce moment-là qu'il jouissait de quelque "indépendance politique" que ce soit par rapport au gouvernement, ni qu'il y avait droit[31]». En 1840, après l'Union, on demanda aux procureurs généraux (et solliciteurs généraux) du Canada-Est et du Canada-Ouest de conserver leur siège au Parlement et de participer à la vie politique[32]. Stenning rappelle que [TRADUCTION] «les deux chefs du gouvernement à la Janus qui dirigeait les destinées de la Province à l'époque, Baldwin et Lafontaine, étaient respectivement procureur général du Canada-Ouest et du Canada-Est[33]». Ce cumul se poursuivra après 1867 : Sir John A. Macdonald exercera la fonction de procureur général jusqu'en 1873[34].

---

28. Les propos de lord Shawcross sont cités dans J.L1J. EDWARDS, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964, p. 223.

29. G. MARSHALL, *Constitutional Conventions: the Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 112.

30. *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, al. 4*b*).

31. *Op. cit.*, note 6, p. 288.

32. *Ibid.*

33. *Id.*, pp. 288-289.

34. J.L1J. EDWARDS, *The Attorney General, Politics, and the Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, p. 358. Edwards signale de plus que William Aberhart a cumulé les fonctions de procureur général et de premier ministre en Alberta, et qu' [TRADUCTION] «il est arrivé souvent, et bien après le début de notre siècle, que le premier ministre d'un gouvernement provincial exerce simultanément la charge de procureur général». L'exemple de Maurice Duplessis, au Québec, vient immédiatement à l'esprit.

Edwards souligne aussi (en qualifiant le fait de malheureux) que, pour la période antérieure à 1978,

> [TRADUCTION]
> [I]ndépendamment du parti au pouvoir, il semble possible de conclure que les premiers ministres et procureurs généraux souscrivaient alors à une philosophie radicalement différente, suivant laquelle les décisions touchant des affaires hautement politiques étaient prises par le Cabinet et exécutées par le procureur général[35].

L'auteur se penche ensuite sur le cas des gouvernements Saint-Laurent, Pearson et Diefenbaker, exprimant l'avis qu'à cette époque

> [TRADUCTION]
> [L]a plupart des ministres de la Couronne auraient considéré leur participation à ces décisions du Cabinet en matière de poursuites pénales comme l'application naturelle du principe de la responsabilité collective à l'égard des décisions politiques délicates[36].

Ces dernières années, toutefois, on a conclu à l'applicabilité du «principe Shawcross» au Canada. Au moins quatre procureurs généraux, à commencer par Ron Basford en 1978, ont adhéré à l'énoncé de principe de lord Shawcross, suivant lequel le procureur général n'est pas soumis à l'autorité du Cabinet lorsqu'il prend des décisions en matière de poursuites pénales[37]. Voici les propos de M. Basford :

> Le premier principe à appliquer, à mon avis, c'est qu'il faut exclure toute considération fondée sur des opinions étroites et partiales, ou sur les conséquences politiques de la divulgation de certains faits pour moi-même ou pour d'autres.
>
> Lorsqu'il doit prendre une décision à propos d'une question aussi délicate que celle-là, le procureur général a le droit de demander des renseignements et des conseils à d'autres, mais il ne doit certainement pas obéir aux directives de ses collègues du gouvernement ou du Parlement lui-même[38].

La Commission McDonald est arrivée à une conclusion semblable, le procureur général devant selon elle laisser de côté tout intérêt personnel ou politique lorsqu'il décide de l'opportunité de déclencher une poursuite[39].

---

35. *Id.*, p. 361.

36. *Id.*, p. 362.

37. R. MCMURTRY, «The Office of the Attorney General», dans D. MENDES DA COSTA (dir.), *The Cambridge Lectures*, Toronto, Butterworths, 1981, pp. 2-3 et 5-6 (il s'agit de l'ex-procureur général de l'Ontario); I. SCOTT, «The Role of the Attorney General and the Charter of Rights» (1986-1987), 29 *C.L.Q.* 187, pp. 189-192 (M. Scott est l'actuel procureur général de l'Ontario); les observations de M. R. Basford et de M. M. Macguigan (tous deux ex-ministres de la Justice fédéraux) sont citées dans EDWARDS, *op. cit.*, note 34, pp. 359-364.

38. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, p. 3881, 17 mars 1978.

39. COMMISSION D'ENQUÊTE SUR CERTAINES ACTIVITÉS DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *Troisième rapport : Certaines activités de la GRC et la connaissance qu'en avait le gouvernement*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1981 (président : M. le juge D.C. McDonald), p. 519.

Plusieurs juristes ont eu l'occasion d'étudier le rôle du procureur général, notamment dans des affaires concernant la *Charte canadienne des droits et libertés*[40]. Le procureur général de l'Ontario a déclaré que, dans le cas où il serait convaincu de l'inconstitutionnalité d'un texte d'incrimination ou d'avis qu'une poursuite viole les droits de l'accusé, il aurait l'obligation d'intervenir pour faire arrêter les procédures[41]. Poussant le raisonnement d'un cran, M. Scott a exprimé l'hypothèse que le procureur général qui estimerait que les mesures proposées par un autre ministre sont inconstitutionnelles, et qui n'aurait pas d'autre moyen de s'y opposer, pourrait être tenu d'intenter des poursuites judiciaires contre son collègue. Il a conclu ses remarques de la façon suivante :

> [TRADUCTION]
> [L]e public et la communauté juridique devraient faire preuve de vigilance à l'égard du procureur général, et veiller à ce qu'il respecte les principes fondamentaux de neutralité et d'objectivité qui ont historiquement orienté l'exercice de ses responsabilités[42].

Il n'en demeure pas moins que le procureur général, désigné par le premier ministre, pourrait éventuellement être démis de ses fonctions s'il s'obstinait à suivre une ligne de conduite contraire à celle que lui conseille le Cabinet. Il pourrait aussi, dans un tel cas, préférer démissionner avant d'être renvoyé[43]. Or, d'une façon comme de l'autre, son départ serait susceptible d'avoir de graves conséquences politiques, voire de mettre en péril la survie du gouvernement.

Il ne fait aucun doute non plus — la chose a été affirmée tant par des procureurs généraux que par les tribunaux — que le procureur général doit rendre compte de ses actes devant le Parlement ou l'assemblée législative provinciale. L'arrêt *Smythe* c. *La Reine*[44] fait autorité sur cette question. Selon le juge en chef Fauteux, la Cour ne pouvait en l'occurrence contrôler l'exercice par le procureur général de son pouvoir discrétionnaire d'opter pour la procédure sommaire, mais celui-ci pouvait être interrogé devant l'assemblée législative à ce sujet et, le cas échéant, faire l'objet de réprimandes.

Autrement dit, cette obligation de rendre compte de ses actes au Parlement tiendrait à ce que les ministres de la Couronne peuvent être interrogés en Chambre et subir le blâme

---

40. Voir par exemple SCOTT, *loc. cit.*, note 37; D.C. MORGAN, «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986-1987), 29 *C.L.Q.* 15; J.L.J. EDWARDS, «The Attorney General and the Charter of Rights», dans R. SHARPE (dir.), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1987, pp. 45-68.

41. SCOTT, *loc. cit.*, note 37, p. 199.

42. *Ibid.*

43. Le cas est rare, mais l'ancien procureur général de la Colombie-Britannique, Brian Smith, a résigné sa charge au début de 1988, voir *supra*, note 4. De même, en 1977, Robert Ellicott a démissionné de son poste de procureur général en Australie. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, cite, à la p. 384, le passage suivant de la lettre de démission adressée par Ellicott au premier ministre : [TRADUCTION] «certaines décisions et certains actes récents de votre part et de la part du Cabinet ont entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré en vertu de ma charge de procureur général et constituent à mon avis une tentative visant à orienter et à restreindre l'exercice de ce pouvoir». Et dans son discours de démission, M. Ellicott a cité l'énoncé de principe de lord Shawcross.

44. [1971] R.C.S. 680.

de celle-ci. Mais dans la pratique, le procureur général jouit normalement de l'appui inconditionnel de l'assemblée législative en raison de la solidarité des députés du parti au pouvoir, peu importe que ses décisions soient ou non empreintes de neutralité. Citons lord Shawcross :

> [TRADUCTION]
> [La] responsabilité devant le Parlement signifie au plus, dans la pratique, la responsabilité devant le parti qui y détient la majorité des sièges, soit devant le parti auquel appartient le procureur général du moment. On n'a qu'à se rappeler les soi-disant «martyrs» de Shrewsbury et l'affaire Clay Cross pour se rendre compte que de toute évidence ce parti ne reprochera pas au procureur général de s'être abstenu d'accomplir un acte susceptible de mettre des partisans dans l'embarras[45].

Edwards[46] estime au surplus que cette obligation existe seulement lorsqu'il a été décidé de ne pas intenter de poursuite ou lorsque le procès est terminé. On ne peut, semble-t-il, forcer le procureur général à défendre une décision tant que l'affaire est pendante. De ce fait, comme le souligne Stenning,

> [TRADUCTION]
> [L]a nature même du pouvoir discrétionnaire conféré au procureur général en matière de poursuites et la volonté de mettre le plus possible à l'écart des pressions politiques l'administration de la justice pénale ont à toutes fins utiles empêché que le Parlement puisse exercer un droit de regard adéquat sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. En premier lieu, les assemblées législatives s'occupent d'une multitude de questions et ne peuvent absolument pas être au courant des poursuites criminelles ordinaires qui chaque jour sont soumises aux juridictions inférieures. Étant donné la quantité et la banalité de ces affaires (qui forment la très grande majorité de toutes les causes criminelles entendues par les tribunaux), les abus risquent fort d'échapper à l'attention des politiciens, et la surveillance parlementaire à cet égard ne saurait vraisemblablement être efficace dans tous les cas. [. . .] En second lieu, même lorsque les politiciens constatent l'existence d'abus, les mesures qu'ils sont susceptibles de prendre dans le cadre parlementaire s'avèrent souvent d'une efficacité bien restreinte du point de vue de la justice envers l'accusé, car elles sont nécessairement prises après coup, à cause de certaines règles parlementaires aussi louables que celle du *sub judice*. [. . .] Lorsqu'une poursuite a été déclenchée, en effet, les politiciens ne peuvent intervenir qu'une fois que l'accusé a été acquitté ou condamné[47].

On constate donc que, si les assemblées législatives sont en droit de demander des comptes au procureur général et jouissent d'un certain droit de regard sur la façon dont il s'acquitte de ses responsabilités, leurs pouvoirs en la matière ne sont pas illimités.

Par ailleurs, il faut souligner que le «principe Shawcross», suivant lequel le procureur général ne doit subir aucune influence politique, a lui-même été contesté. Il y aurait lieu selon Edwards d'en restreindre la portée, afin de tenir compte d'une distinction entre les divers types de considérations politiques. Ce que le procureur général doit refuser de prendre en compte, ce sont les considérations politiques liées à l'intérêt d'un parti; à savoir, celles

---

45. Ces propos de lord Shawcross sont cités dans le texte remis par l'ex-procureur général de l'Ontario, R. MCMURTRY, auquel il est fait allusion à la note 37, p. 5.

46. *Op. cit.*, note 28, pp. 224-225.

47. *Op. cit.*, note 6, pp. 303-304.

qui «vise[nt] à protéger ou à favoriser l'exercice du pouvoir constitutionnel par le gouvernement en place et ses partisans politiques[48]». En revanche, le procureur général *devrait* prendre en compte d'autres types de considérations politiques, par exemple celles qui ont trait au souci «de maintenir des relations internationales harmonieuses entre États, d'atténuer les dissensions entre les groupes ethniques, d'éviter les conflits ouvriers et, globalement, de veiller aux intérêts du grand public[49]».

Cette distinction n'est toutefois pas reconnue par tous; on l'a contestée dans les termes suivants :

> [TRADUCTION]
> [M]ême les décisions qui présentent la plus grande apparence de consensus (comme les lois adoptées par un parlement démocratique et représentatif) ne peuvent systématiquement être qualifiées de «non partisanes». C'est qu'elles sont presque toujours le produit d'un système politique fondé sur l'opposition de partis, dans lequel une formation (ou une coalition de formations), prédominante, est en mesure d'imposer ses propres conceptions. La distinction entre les décisions «partisanes» et «non partisanes» basée sur ce point de vue est une distinction de degré et non de nature; son bien-fondé dépend dans une très large mesure de la capacité de la formation politique dominante de convaincre la population que les décisions dont elle propose la mise en œuvre «servent l'intérêt public au sens le plus large, celui de la population dans son ensemble[50]».

Par ailleurs, on peut très bien convenir que l'intérêt public est en cause sans nécessairement savoir quelle décision doit être prise : il découle de la nature même du processus politique que différents partis peuvent soutenir en toute bonne foi des positions opposées. Un auteur faisait observer que le maintien de relations internationales harmonieuses, l'atténuation des tensions entre groupes ethniques et la volonté d'éviter les conflits ouvriers

> [TRADUCTION]
> [S]ont précisément les questions sur lesquelles les politiciens conservateurs et socialistes se font le moins confiance. On peut imaginer, par exemple, que le titulaire de la charge de procureur général pourrait craindre pour l'harmonie des relations de travail si des poursuites étaient engagées contre des grévistes qui ont accompli des actes illégaux, soi-disant pour faire avancer leur cause. Il aurait peut-être bien raison, mais ceux qui ne partagent pas ses convictions politiques risquent de ne pas être disposés à tenir pour «non partisane» une décision fondée sur ce point de vue[51].

Il ne suffit donc pas de dire que le procureur général peut prendre en considération l'intérêt public au sens large. On imagine sans mal des cas où, tout en prétendant agir en fonction de celui-ci, il se verra reprocher par l'opposition d'avoir des motifs politiques intéressés. Cela ne signifie pas que les considérations politiques sont forcément liées à l'intérêt d'un parti : simplement, la distinction risque parfois de s'avérer malaisée à établir

---

48. J.L.J. EDWARDS, *La responsabilité ministérielle en matière de sécurité nationale*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 70.

49. *Ibid.*

50. STENNING, *op. cit.*, note 6, pp. 291-292.

51. MARSHALL, *op. cit.*, note 29, p. 115.

dans la pratique. Dans de telles circonstances, c'est l'opinion publique qui doit trancher en dernier ressort. Si la majorité de la population est convaincue que les motifs ne sont pas liés à l'intérêt du parti et sont acceptables, le gouvernement conservera son appui; dans l'hypothèse contraire, le gouvernement — ou à tout le moins le procureur général — le perdra. En somme, lorsqu'il s'agit de décider du caractère partisan de motivations politiques, seule l'opinion publique est compétente.

Si la clarté de cette distinction sur le plan pratique est contestable, tout le monde paraît convenir qu'il y a lieu, en principe, d'exclure des décisions courantes prises en matière de poursuites pénales toute considération politique reliée à l'intérêt du parti au pouvoir. La tradition voulant que le procureur général, en Angleterre et au Canada, ne s'occupe que dans des situations exceptionnelles des poursuites individuelles, est une façon de réaliser cet objectif. Deuxièmement, la tradition britannique d'indépendance du procureur général par rapport au Cabinet, quant aux décisions relatives aux poursuites pénales individuelles, a récemment été reconnue au Canada aussi. Il importe toutefois de préciser que l'indépendance du procureur général n'est pas une fin en soi; il s'agit plutôt d'un moyen d'éviter que la décision de poursuivre ou non une personne soit liée à des motifs suspects[52].

Pour cette raison, et aussi parce que dans certains cas, il est légitime que des considérations supérieures touchant l'intérêt public influent sur l'engagement des poursuites pénales, d'aucuns refusent de souscrire au principe de l'indépendance du procureur général s'il suppose que la décision de déclencher une poursuite doive toujours, en dernière analyse, relever exclusivement de celui-ci[53]. Car ces décisions ne sont pas les seules susceptibles d'être lourdes de conséquences : il en va bien sûr de même de celles qui concernent la défense, les relations avec l'étranger, l'environnement, la santé et la sécurité publiques, auxquelles peuvent pourtant participer les membres du Cabinet[54].

---

52. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, fait aux pp. 362-363 l'observation suivante :

> [TRADUCTION]
> Lorsqu'il prend de telles décisions, il ne faut pas présumer que le Cabinet est nécessairement guidé par son intérêt politique. En revanche, il ne serait pas réaliste de penser que, si la Constitution n'interdit pas clairement au procureur général de confier au Cabinet, au premier ministre ou à un groupe de ministres les décisions en matière de poursuites, il n'y a aucun risque que des considérations politiques intéressées jouent un rôle prédominant dans la décision prise au bout du compte.

À cela, on pourrait répondre qu'il y aurait une protection tout aussi efficace si les membres du Cabinet comprenaient que les motifs partisans ne doivent pas influer sur leurs décisions en matière de poursuites, lorsqu'il faut tenir compte de considérations de nature politique. Il s'agit peut-être même d'une meilleure garantie, puisque le principe se trouve alors exprimé directement plutôt qu'indirectement.

53. En 1914, on s'est demandé en Angleterre s'il fallait poursuivre pour haute trahison les dirigeants du mouvement de l'Ulster. Au sujet de cette décision, lord Asquith se posait en 1924 la question suivante :

> [TRADUCTION]
> Veut-on vraiment dire que les conseillers juridiques du gouvernement (*Law Officers*) d'alors auraient dû assumer à eux seuls la responsabilité de la décision d'engager ou de ne pas engager de poursuites, et que le Cabinet n'avait aucunement voix au chapitre dans une décision dont pouvait dépendre tout l'avenir politique de l'Irlande ? (cité dans EDWARDS, *op. cit.*, note 28, p. 214, n. 48.)

54. P. STENNING, *Submission to the Royal Commission Investigating the Prosecution of Donald Marshall Jr.*, inédit.

Dans la même perspective, il est permis de s'interroger sur l'objet des conseils que le procureur général peut demander à ses collègues du Cabinet. Comme il est le conseiller juridique du gouvernement, il serait quelque peu illogique que les consultations portent sur des questions de droit. Mais alors, cela voudrait dire que la décision n'est pas seulement de nature juridique; et dans ce cas, on pourrait soutenir qu'il n'existe fondamentalement aucune raison pour qu'elle relève uniquement du conseiller juridique de la Couronne[55].

Force est néanmoins de reconnaître que le principe de l'indépendance du procureur général en est graduellement venu, avec le temps, à être considéré comme une convention constitutionnelle. Nous pouvons dire, en conclusion, que la consécration de ce principe a plusieurs conséquences, dont il faudra tenir compte dans tout projet de réforme touchant la charge de procureur général. Tout d'abord, aucune considération de nature politique ne devrait normalement influer sur la décision d'engager ou non des poursuites pénales. Cela dit, lorsque de telles considérations doivent entrer en jeu dans des cas particuliers, l'intérêt du parti au pouvoir ne devrait jouer aucun rôle. Dans de tels cas, le procureur général peut demander conseil aux membres du Cabinet, mais il n'est pas tenu de se conformer à leur avis. Enfin, c'est en dernier ressort au public qu'il appartient de juger de l'impartialité des motifs sur lesquels s'appuie une décision. L'élaboration d'un nouveau système suppose le respect de ces principes.

B. Le procureur général et les procureurs de la Couronne

La plupart des poursuites individuelles sont en fait confiées aux poursuivants publics, à savoir les «procureurs de la Couronne», lesquels représentent le procureur général. Il est partant indispensable de bien comprendre l'évolution historique de la fonction de poursuivant public et ses rapports avec la charge de procureur général.

Dans la province du Canada d'avant 1867, le procureur général, vu la nature de plus en plus «politique» de ses fonctions au sein du conseil exécutif et du Parlement, ne disposait pas de beaucoup de temps pour plaider devant les tribunaux[56]. C'était aussi le cas de son adjoint, le solliciteur général. Par ailleurs, l'accroissement démographique leur avait aussi

---

55. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 363, rappelle les discussions qui ont eu lieu au Cabinet sous le gouvernement Saint-Laurent à propos de l'affaire James Endicott, cet ecclésiastique canadien qui avait déclaré que les forces des Nations Unies avaient employé des armes bactériologiques durant la guerre de Corée. D'après les procès-verbaux des délibérations du Cabinet, ces discussions ont porté sur le fait que le chef d'accusation le plus facile à établir serait celui de trahison, mais qu'à l'époque ce crime était obligatoirement puni de mort. Les membres du Cabinet ont fait observer que l'événement susciterait bien des réactions défavorables à l'étranger. On pourrait très bien soutenir qu'il s'agit là de considérations politiques de caractère non partisan et que rien ne s'oppose à une telle participation du Cabinet.

MARSHALL, *op. cit.*, note 29, pp. 113-114, affirme pour sa part qu'il existe une distinction entre le cas où le procureur général demande conseil au sujet de l'opportunité politique d'une poursuite, et celui où il demande conseil sur des faits qui sont connus d'un autre ministre. Il cite l'exemple d'une décision du procureur général au sein du gouvernement Heath, en Grande-Bretagne, qui avait demandé au Secrétaire d'État aux affaires étrangères si, à son avis, le fait de poursuivre l'auteur d'un détournement d'avion mettrait encore davantage en péril la vie d'otages détenus par des guérilleros palestiniens.

56. STENNING, *op. cit.*, note 6, pp. 109-110.

rendu plus difficile de plaider personnellement au nom de la Couronne dans toutes les affaires judiciaires intéressant celle-ci. Lorsque ni l'un ni l'autre ne pouvait le faire, des conseillers de la reine étaient désignés pour les représenter pendant la durée d'une session du tribunal. Ces avocats ne jouissaient cependant pas des prérogatives du procureur général et du solliciteur général. Au Haut-Canada, et plus tard en Ontario, il s'avéra commode de désigner des procureurs de comté (*County Attorneys*), que l'on appellera plus tard procureurs de la Couronne (*Crown Attorneys*). Ils surveillaient, au début à temps partiel, l'exercice des poursuites, et recevaient des honoraires en fonction des services rendus.

Après 1867, cette mission sera confiée dans d'autres provinces à des fonctionnaires désignés poursuivants ou procureurs de la Couronne. L'indépendance théorique dont ils jouissent variait d'une province à l'autre : tantôt, le poursuivant local est suivant la loi subordonné entièrement au procureur général de la province, tantôt le procureur de la Couronne se voit accorder les mêmes droits et privilèges que le procureur général et le solliciteur général, en ce qui a trait aux poursuites. Dans d'autres provinces, ainsi que dans le système fédéral où ni les procureurs de la Couronne ni les poursuivants publics n'ont de statut reconnu par la loi, on continue à recourir à temps partiel ou à temps plein aux services d'avocats, qui peuvent déclencher des poursuites en tant qu'avocats, mandataires ou délégués du procureur général[57].

Les attributions des procureurs de la Couronne n'ont subi que des changements relativement mineurs au cours des cent trente dernières années[58]. Leurs fonctions consistent surtout à exercer des poursuites relativement à des actes criminels — et à des infractions punissables par procédure sommaire lorsque l'intérêt public le justifie —, à exercer une surveillance à l'égard des poursuites privées et à les prendre en main lorsqu'il y a lieu de le faire par souci d'équité envers l'accusé, à vérifier si les cautionnements versés sont suffisants, à conseiller les juges de paix sur des questions de droit[59]. En ce moment, les procureurs de la Couronne doivent aussi examiner les documents transmis par les coroners, les juges de paix et les juges provinciaux, pour déterminer s'il y a lieu de réunir d'autres éléments de preuve ou de citer des témoins afin d'éviter le rejet d'une accusation faute de preuve[60].

Selon nous, les procureurs de la Couronne sont soumis à l'autorité du procureur général et doivent lui rendre compte de la façon dont ils exercent leurs fonctions. Certains auteurs

---

57. *Id.*, pp. 121-130.

58. Voir l'*Acte des avocats de comté du Haut Canada*, précité, note 15 et la *Loi sur les procureurs de la Couronne*, L.R.O. 1980, ch. 107.

59. *Loi sur les procureurs de la Couronne*, précitée, note 58, art. 12. On a récemment contesté la validité de l'alinéa 12*j*) de cette loi, qui donne au procureur de la Couronne le pouvoir de déterminer si le cautionnement est suffisant, mais il a été jugé conforme aux dispositions de la Charte. On a toutefois conclu que l'exercice de ce pouvoir était subordonné aux dispositions de la Partie XVI du *Code criminel*, qui permettent de faire trancher la question par le tribunal. Voir l'affaire *R.* c. *Dewsbury* (1989), 39 C.R.R. 301 (H.C. Ont.).

60. *Loi sur les procureurs de la Couronne*, précitée, note 58, al. 12*a*).

ont contesté ce point de vue, notamment en Ontario[61], mais son bien-fondé est confirmé par la majorité des données historiques et actuelles[62]. Sur le plan local, toutefois, le procureur de la Couronne dispose nécessairement [TRADUCTION] «de pouvoirs discrétionnaires étendus en matière de poursuites criminelles[63]». Si, en principe, il est subordonné au procureur général, ce dernier se mêle très rarement des poursuites; le plus souvent, il ne connaît même pas les circonstances de l'affaire. Il appartient au procureur général d'établir les lignes directrices de nature générale[64], mais l'administration courante de la justice est confiée aux procureurs de la Couronne ou aux mandataires du procureur général qui œuvrent sur le plan local.

On s'est récemment intéressé aux effets juridiques de ces lignes directrices. Dans l'arrêt *R.* c. *Catagas*[65], la Cour d'appel du Manitoba a statué sur le cas d'un accusé autochtone qui se disait victime d'abus de procédure. Il avait été poursuivi pour infraction à la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*[66]; or cette poursuite, selon lui, contrevenait à une politique des gouvernements fédéral et provincial (politique qui, semble-t-il, n'émanait toutefois pas du procureur général). La Cour a rejeté ce moyen, jugeant la politique elle-même illégale parce que contraire à des principes constitutionnels bien établis : [TRADUCTION] «La Couronne ne peut sans le consentement du Parlement suspendre les lois ou leur exécution; elle ne peut non plus exempter quiconque de l'application de la loi; l'exemption fondée sur une décision administrative portant dérogation à un texte législatif ou à certaines de ses dispositions sont nulles et sans effet, sauf lorsque la loi les permet[67]». Elle a néanmoins tenu à préciser que sa décision n'avait aucunement pour effet de restreindre l'exercice légitime des pouvoirs discrétionnaires conférés quant à l'opportunité des poursuites :

> [TRADUCTION]
> Comme chacun sait, des poursuites criminelles ne sont pas intentées pour chaque infraction à la loi. Les autorités ont en effet le pouvoir discrétionnaire de décider, dans leur sagesse, de ne pas mettre le processus pénal en branle. Le policier qui a arrêté un automobiliste parce qu'il conduisait à une vitesse légèrement supérieure au maximum permis peut décider de lui donner un avertissement au lieu d'une contravention. Et lorsque, d'après les circonstances d'une affaire, le procureur général conclut que l'infraction commise n'est, sur le plan de la culpabilité de l'auteur, pas aussi grave qu'elle pourrait le sembler à la stricte lumière des

---

61. K. CHASSE, «The Role of the Prosecutor», dans S. OXNER (dir.), *Criminal Justice : Papers prepared for presentation at the Canadian Institute for the Administration of Justice Conference on Criminal Justice* held at Halifax, October 28, 29 and 30, 1981, Toronto, Carswell, 1982, p. 79.

62. Voir par exemple les observations de l'ancien procureur général de l'Ontario, John Clement, citées dans CHASSE, *loc. cit.*, note 61, p. 83, ainsi que celles du juge GRABURN, ancien procureur de la Couronne, «The Relationship of the Crown Attorney to the Attorney General» (1976), C.R.N.S. 259, pp. 270-271.

63. Propos de l'ancien procureur général de l'Ontario, John Clement, cités dans CHASSE, *loc. cit.*, note 61.

64. *Id.*, p. 84.

65. (1977) 38 C.C.C. (2d) 296 (C.A. Man.).

66. S.R.C. 1970, ch. M-12.

67. *Halsbury's Laws*, 3e éd., vol. 7, Londres, Butterworths, 1954, n° 486, p. 230, cité dans *R.* c. *Catagas*, précité, note 65, p. 297.

faits, il peut en tenir compte dans l'acte d'accusation. [. . .] Mais dans tous ces cas, le pouvoir discrétionnaire est exercé relativement à une affaire donnée, les faits de celle-ci le justifiant. C'est une tout autre chose que d'établir une immunité de poursuites générale en faveur de tel ou tel groupe, de citoyens de telle ou telle origine ethnique. [. . .] La Couronne ne peut par des mesures émanant du pouvoir exécutif passer outre à l'application d'une loi. Le principe est parfaitement clair et il repose sur des règles juridiques et constitutionnelles remontant à près de trois siècles[68].

Par conséquent, le procureur général ne peut illégalement renoncer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire inhérent à sa charge, non plus que les avocats de la Couronne qui lui sont subordonnés. Pour vérifier la légalité de lignes directrices, il faut déterminer si elles constitueraient un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire dans le cas où elles seraient appliquées par le procureur général lui-même. Dans la mesure où subsiste une certaine latitude pour examiner chaque affaire à la lumière des faits qui lui sont propres, aucun problème ne paraît se poser sous ce rapport[69].

Le procureur général est tenu de rendre compte à l'assemblée législative de l'activité des avocats dont l'État retient les services comme poursuivants; il doit donc avoir le droit d'intervenir dans tout dossier et de donner des instructions au sujet de la poursuite. Mais de telles interventions directes l'exposent à se voir accuser d'avoir été influencé par les intérêts de sa formation politique. S'il n'y a rien de répréhensible à ce que le procureur général exerce personnellement ses pouvoirs en matière de poursuites, même s'il se trouve à désavouer la décision du procureur local, on estime normalement qu'il ne devrait le faire que pour les affaires d'une importance telle que la décision doit être prise par la plus haute autorité. Son intervention dans des poursuites de nature relativement banale risquerait en effet de susciter des interrogations quant à ses motifs. On voit donc l'avantage des lignes directrices générales établies à l'intention des procureurs de la Couronne : elles obligent ces derniers à rendre compte de leurs actes au procureur général, tout en ne donnant prise à aucune accusation de partialité.

Pour conclure, on peut dire que si, en théorie, les poursuivants publics sont soumis à l'autorité du procureur général et lui rendent compte, en pratique c'est la plupart du temps à l'échelon local qu'est exercée la responsabilité à l'égard des poursuites individuelles.

C. Le procureur général et les poursuivants privés

Un autre aspect important du rôle du procureur général consiste dans ses rapports avec les poursuivants privés, rapports qui ne sont pas sans ressembler par certains aspects à ceux

---

68. *R.* c. *Catagas*, précité, note 65, p. 301.

69. Par exemple, les lignes directrices établies par le ministère de la Justice fédéral qui précisent les critères selon lesquels on décidera dans les «cas limite» de porter des accusations d'importation de stupéfiants (peine minimale de sept ans d'emprisonnement) ou des accusations de possession en vue du trafic (aucune peine minimale) ont orienté un très grand nombre de décisions quant à l'engagement de poursuites. La peine minimale de sept ans a récemment été abolie par la Cour suprême du Canada (*R.* c. *Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045), mais ces lignes directrices ont été appliquées pendant plusieurs années et ont influé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire crucial pour l'accusé.

qu'il entretient avec les procureurs de la Couronne[70]. Car d'une part, le droit criminel, par nature, concerne des actes dont la gravité est suffisante pour qu'on les tienne pour préjudiciables non seulement à un individu, mais à la collectivité. C'est pourquoi la plupart des poursuites criminelles sont prises en charge par l'État : on confie l'enquête à la police et la poursuite à un procureur de la Couronne. Cela dit, la plupart des mécanismes de procédure existants peuvent être tout aussi bien mis en marche par le simple citoyen. Par exemple, l'article 504 du *Code criminel* autorise «quiconque» à faire une dénonciation devant un juge de paix et le terme «poursuivant» est défini à l'article 2, pour les cas où le procureur général n'intervient pas, comme «la personne qui intente des poursuites en vertu de la présente loi». En principe, donc, tout citoyen peut déclencher une poursuite criminelle et l'exercer.

Les rapports entre le procureur général et les poursuivants privés peuvent être répartis en deux grands volets. Le premier concerne le rôle de surveillance joué par le procureur général; le second, les différents pouvoirs susceptibles d'être exercés par l'un et par les autres, notamment en ce qui a trait à la protection de l'intérêt public.

Même lorsque la poursuite a été engagée par un simple citoyen, le procureur général a le droit d'intervenir, soit pour l'exercer lui-même[71], soit simplement pour arrêter les procédures. Il peut aussi continuer des procédures auxquelles le poursuivant privé entend renoncer, s'il le juge souhaitable au regard de l'intérêt public[72]. Enfin, il peut décider d'intervenir simplement parce que l'accusation est opportune et que l'État devrait s'en occuper[73].

Les interventions visant à faire arrêter les procédures demeurent cependant les plus fréquentes. Historiquement, ce pouvoir découle du mécanisme de *nolle prosequi*, fondé sur le principe suivant : [TRADUCTION] «il était naturel que la Couronne, au nom de qui les poursuites criminelles étaient intentées, se réservât le droit d'y mettre fin à son gré[74]». Ne sous-estimons pas l'importance de cette prérogative : elle donne au procureur général toute latitude pour priver le poursuivant privé de son droit d'exercer la poursuite.

---

70. La Commission a étudié à fond cette question dans un autre document de travail : voir CRD, *Les poursuites privées*, Document de travail n° 52, Ottawa, La Commission, 1986.

71. *Re Dowson and the Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 140 (H.C. Ont.); *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, pp. 1011-1012, le juge Dickson (dissident au sujet d'autres motifs); *Re Ostowy and The Queen* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189, p. 191 (C.A. Sask.).

72. Voir par exemple la décision *Re Bradley and the Queen* (1975), 9 O.R. (2d) 161 (C.A.). Le procureur général était intervenu pour continuer une poursuite privée relative à une accusation d'intimidation, fondée sur l'article 423 (à l'époque, l'art. 381) du Code et portée à la suite d'un conflit ouvrier.

73. En Colombie-Britannique, toutes les poursuites privées sont examinées, nous a-t-on dit, par le bureau du procureur général. Le procureur général intervient pour faire arrêter les procédures lorsque la poursuite est tenue pour injustifiée et prend en charge les poursuites qui sont opportunes.

74. EDWARDS, *op. cit.*, note 28, p. 227.

Les tribunaux n'ont normalement aucun droit de regard sur une telle décision du procureur général[75]; c'est au Parlement que celui-ci doit en rendre compte. On trouve exprimée dans une décision anglaise l'idée sur laquelle repose l'attribution du pouvoir de *nolle prosequi*; le même raisonnement s'applique au pouvoir de faire arrêter les procédures :

> [TRADUCTION]
> Lorsque, en ce pays, des particuliers sont autorisés à porter des accusations au nom de la Couronne, il est très souhaitable qu'une autorité ait le pouvoir de juger s'il est opportun de donner suite aux procédures. Or, c'est au procureur général que la Constitution attribue ce pouvoir, pas à ce tribunal[76].

En dernière analyse, le procureur général jouit donc d'un pouvoir de surveillance à l'égard de toutes les poursuites criminelles, sans exception. Car même celles qui sont exercées par un particulier ont lieu parce qu'il décide à tout le moins de ne pas s'y opposer. En ce sens, on peut dire que, à toutes fins utiles, il rend compte au Parlement non seulement de la décision d'intervenir ou d'arrêter les procédures, mais aussi de la décision de ne pas intervenir.

Les poursuivants privés et le ministère public jouissent d'une manière générale de pouvoirs identiques pour le dépôt de l'accusation et l'exercice de la poursuite[77]. Il faut cependant signaler certaines différences, qui tiennent aux responsabilités du procureur général dans le domaine de l'administration de la justice. Par exemple, l'engagement de certaines poursuites est conditionné par l'obtention du consentement de ce dernier, peu importe qui est à l'origine de la procédure. En outre, le procureur général, gardien de l'intérêt public, a de ce fait des pouvoirs et des responsabilités plus étendus que le poursuivant privé.

Nous étudierons la question du consentement plus loin[78]. Pour le moment, disons simplement que la grande majorité des dispositions du *Code criminel* n'exigent pas le

---

75. La seule exception, limitée, à cette règle est traitée sous la rubrique «Le procureur général et les tribunaux», *infra*, p. 24.

76. *R.* c. *Allen* (1862), 1 B.& S. 850, p. 855, 121 E.R. 929. D'après nous, le principe s'applique également au Canada.

77. Il existe certaines différences sur le plan du déroulement des procédures dans le cas des actes criminels, surtout en ce qui a trait au droit de recourir à l'inculpation directe et d'interjeter appel de la décision rendue au terme du procès. Ces différences sont traitées d'une manière plus approfondie dans le document de travail intitulé *Les poursuites privées*, *op. cit.*, note 70.

78. Voir la rubrique «Le consentement du procureur général», *infra*, p. 70.

consentement préalable du procureur général. Dans le cas de celles qui l'exigent[79], le pouvoir de ce dernier ne se borne pas à l'arrêt des poursuites : il peut aussi empêcher dès le départ qu'elles soient déclenchées, sans que son intervention revête un caractère public. L'obligation de rendre compte se trouve ainsi limitée dans la mesure où le public n'est pas nécessairement informé de l'action — ou de l'inaction — du procureur général.

En tant que gardien de l'intérêt public, le procureur général peut prendre d'autres mesures que les poursuites pénales. Par exemple, il peut être appelé à engager des procédures civiles au moyen d'une action *ex relatione*, en vue de faire cesser une atteinte aux droits du public (*public nuisance*) ou d'empêcher les récidives à l'égard d'une infraction[80]. Le procureur général a en effet toujours le droit d'intenter une action de ce type. Le simple citoyen ne dispose quant à lui que de pouvoirs bien limités en cette matière, et la décision du procureur général échappe pratiquement au contrôle judiciaire. Sous plusieurs rapports, c'est là que l'on perçoit le plus clairement l'indépendance de la charge de procureur général et le rôle de surveillance qui y est rattaché.

L'existence de ce pouvoir discrétionnaire a été reconnue tant en Grande-Bretagne qu'au Canada. Citons à cet égard ces propos de lord Halsbury :

> [TRADUCTION]
> On a soulevé un argument que j'avoue ne pas comprendre. Il s'agit de l'idée selon laquelle les tribunaux auraient quelque droit de regard sur les pouvoirs exercés par le procureur général lorsqu'il engage des poursuites contre une personne au nom d'un *relator* dans une affaire où la décision ne relève que de lui. Il peut très bien être inopportun que le procureur général utilise tous les pouvoirs conférés au conseiller juridique principal de la Couronne pour soumettre au tribunal une affaire sans grande importance. Mais s'il le fait, il n'outrepasse pas les limites de sa compétence. Une telle action relève de la façon dont il exerce ses fonctions et pourrait donner lieu à des commentaires défavorables, peut-être au Parlement. De quel droit cependant un tribunal judiciaire interviendrait-il ? Si l'on dénonce

---

79. Voici quelques-unes des infractions à l'égard desquelles nulle poursuite ne peut être engagée sans le consentement du procureur général :

par. 7(7) (infractions commises à bord d'un aéronef) : procureur général du Canada
par. 119(2) (corruption de fonctionnaires judiciaires) : procureur général du Canada
par. 136(3) (témoignages contradictoires) : procureur général
par. 164(7) (publications obscènes — après des procédures «in rem») : procureur général
par. 166(3) (publication illégale — publications judiciaires) : procureur général
par. 172(4) (corruption d'enfants) : procureur général
par. 174(3) (nudité en public) : procureur général
par. 251(3) (bateau innavigable) : procureur général du Canada
par. 318(3) (encouragement au génocide) : procureur général; par. 319(6) (incitation à la haine) : procureur général
par. 347(7) (taux d'intérêt criminel) : procureur général; par. 385(2) (dissimulation frauduleuse de titres) : procureur général
par. 422(3) (violation criminelle de contrat) : procureur général
par. 740(2) (défaut de se conformer à une ordonnance de probation) : procureur général
par. 803(3) (omission de comparaître, art. 145, lorsque le procès a lieu *ex parte*) : procureur général

On aura remarqué que certaines dispositions précisent que c'est le procureur général du Canada qui doit consentir à la poursuite, comme le par. 251(3) (bateau innavigable).

80. Voir EDWARDS, *op. cit.*, note 28, p. 286 et suiv.

un abus de pouvoir de la part d'un organisme public, et que l'affaire concerne le public, il appartient me semble-t-il au procureur général et non aux tribunaux de déterminer s'il devrait intenter une action ou non. [. . .] Lorsque, de par les attributions de sa charge, il a le droit d'intervenir, ce sur quoi les tribunaux peuvent statuer, c'est sur l'existence de l'abus de pouvoir dénoncé par le procureur général. Telle est leur fonction; mais l'engagement de l'action et le bien-fondé de son intervention échappent entièrement à la compétence de cette Cour et de tout autre tribunal judiciaire. Il s'agit là d'une question qui, en vertu du droit de ce pays, ressortit exclusivement à la compétence du procureur général[81].

L'action *ex relatione* peut également être intentée par un poursuivant privé. Toutefois, l'exercice de ce pouvoir est rigoureusement limité.

S'il s'agit d'une action à l'égard de laquelle le poursuivant privé n'a aucun intérêt personnel — c'est-à-dire si elle ne peut être fondée que sur l'intérêt public en général — le consentement du procureur général est indispensable. Le fait d'avoir le même intérêt que tout autre citoyen ne suffit pas pour pouvoir jouir des pouvoirs et des droits d'intervention du procureur général. Cette question a suscité un désaccord en Angleterre entre la Cour d'appel et la Chambre des lords dans l'affaire *Gouriet* c. *Union of Post Office Workers*[82], la Chambre des lords ayant bien sûr eu le dernier mot.

Dans cette affaire, un particulier qui s'était vu refuser le consentement du procureur général pour l'engagement d'une action *ex relatione* avait cherché à intenter l'action personnellement. La Cour d'appel a jugé qu'il avait le droit de le faire, mais la Chambre des lords a cassé cette décision. Lord Wilberforce s'est exprimé en ces termes :

[TRADUCTION]
Le droit du procureur général de chercher, devant la juridiction civile, à prévenir une infraction à la loi est un volet ou un aspect du pouvoir général dont il dispose quant à l'application de droits publics dans l'intérêt public. La distinction entre d'une part les droits privés et de l'autre les droits publics, que le procureur général — mais pas le particulier, sauf en cas d'intérêt spécial — peut chercher à faire exécuter, est fondamentale dans notre droit. Y passer outre, comme l'avocat du demandeur nous y a carrément invités, ne contribuerait pas à l'évolution du droit, mais à la destruction de l'une de ses pierres angulaires. [. . .] Plus que dans tout autre domaine relevant des droits publics, le procureur général est seul compétent pour prendre la décision de présenter une demande d'injonction, décision qui concerne les intérêts du public dans une perspective très large[83].

Il existe donc, d'une manière générale, un «contrôle discrétionnaire du procureur général sur l'intérêt pour agir en matière d'intérêt public[84]». La Cour suprême a toutefois reconnu une exception restreinte à cette règle, suivant laquelle un particulier peut se voir reconnaître un intérêt suffisant pour contester la validité de dispositions législatives.

---

81. *London County Council* c. *Attorney General*, [1902] A.C. 165, pp. 168-169. On a invoqué cet arrêt au Canada au sujet du principe de l'indépendance du procureur général dans la prise de ces décisions : voir par exemple *Finlay* c. *Canada (ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

82. [1978] A.C. 435 (H.L.); inf. [1977] 1 Q.B. 729 (C.A.).

83. *Id.*, p. 482 (H.L.).

84. *Finlay* c. *Canada (ministre des Finances)*, précité, note 81, p. 618.

D'une certaine façon, le simple citoyen peut toujours contester des dispositions pénales par le moyen de la cause type. Ce n'est pas difficile : on contrevient à la loi et, une fois poursuivi, on l'attaque devant les tribunaux en guise de moyen de défense. Ce «droit» s'avère cependant une arme à double tranchant, notamment parce que, en cas d'échec, on risque la condamnation pour une infraction criminelle. Du point de vue des rapports entre procureur général et poursuivants privés, la possibilité de contester directement la validité d'une disposition pénale est bien plus intéressante.

Or la Cour suprême a reconnu l'existence de cette possibilité. Pour être autorisé à attaquer un texte de loi, il faut normalement établir l'existence d'un intérêt particulier, plus direct que celui de la majorité des citoyens[85]; mais la règle a été légèrement assouplie à la faveur des décisions rendues dans les affaires *Thorson* c. *Procureur général du Canada*[86], *Nova Scotia Board of Censors* c. *McNeil*[87] et *Ministre de la Justice du Canada* c. *Borowski*[88].

Malgré la dissemblance des faits, le même principe se dégage de ces décisions : dans certaines circonstances, il y a lieu de reconnaître au simple citoyen la qualité pour demander un jugement déclaratoire concluant à l'invalidité de dispositions législatives. Dans l'arrêt *Borowski*, par exemple, la Cour suprême s'est vu demander de statuer sur la validité des articles du *Code criminel* autorisant les avortements approuvés par le comité thérapeutique ad hoc de l'hôpital. Elle a tenu compte des décisions rendues dans les affaires *Thorson* et *McNeil*, ainsi que du point de savoir si les dispositions en cause pouvaient être contestées par d'autres moyens. Ces dispositions étant de nature disculpatoire, a conclu la Cour, nulle personne directement visée ne pouvait avoir intérêt à les attaquer. L'intérêt pour agir a donc été reconnu, la règle étant énoncée dans ces termes :

> [P]our établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour[89].

Les poursuivants privés peuvent ainsi exercer les pouvoirs conférés au procureur général pour la protection de l'intérêt public — mais dans une certaine mesure seulement. Car il ressort implicitement de l'arrêt *Borowski* que le jugement déclaratoire ne peut être

---

85. *Id.*, p. 619 où le juge LeDain cite ce passage de la décision *Boyce* c. *Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109 :

> Un demandeur peut agir en justice sans se joindre au procureur général dans deux cas : premièrement, lorsque l'atteinte au droit public est aussi une atteinte à un droit privé dont il est titulaire [. . .]; et, deuxièmement, lorsqu'il n'y a pas atteinte à un droit privé, mais que le demandeur, relativement à son droit public, subit un dommage spécial qui lui est propre du fait de l'atteinte au droit public.

86. [1975] 1 R.C.S. 138.

87. [1976] 2 R.C.S. 265.

88. [1981] 2 R.C.S. 575.

89. *Id.*, p. 598.

demandé lorsqu'il est possible de contester les dispositions législatives dans le cadre d'une poursuite pour infraction à celles-ci — cela, même si cette solution est beaucoup moins intéressante pour la personne concernée.

En dernière analyse, le procureur général demeure donc le principal gardien de l'intérêt public, et a pour mission de surveiller toutes les poursuites pénales. Le rôle des poursuivants privés est fortement subordonné au sien. En revanche, l'exercice de ses fonctions échappe presque à tout contrôle, en ce qui a trait à la surveillance des poursuites privées et aux poursuites qu'il décide d'intenter au nom de l'État.

D. Le procureur général et les tribunaux

Comme le procureur général plaide rarement en personne, c'est le plus souvent sur l'activité de ses représentants, les procureurs de la Couronne, que les tribunaux sont appelés à statuer. Dans certaines circonstances, ses décisions personnelles sont tout de même susceptibles d'examen.

Les décisions du pouvoir exécutif, on le sait, sont sujettes au contrôle judiciaire[90]. Ce qu'il s'agit de préciser, dans le cadre du présent document, c'est jusqu'à quel point c'est le cas pour les décisions prises par le procureur général dans des affaires pénales — par exemple, celle de mettre fin aux procédures.

Dans l'affaire *Campbell* c. *Attorney-General of Ontario*[91], la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que les tribunaux ne pouvaient s'opposer à l'arrêt des procédures ordonné par le procureur général, sauf en cas [TRADUCTION] d'«erreur flagrante» (*flagrant impropriety*). Elle a confirmé la décision du juge de première instance, qui, après avoir étudié les raisons invoquées par le représentant du procureur général, n'y avait pas décelé d'erreur grave.

Dans une affaire semblable jugée au Québec, le juge de première instance avait conclu que la décision du procureur général pouvait être cassée si les raisons pour lesquelles il avait arrêté les procédures n'étaient pas suffisantes pour justifier son geste[92]. Le jugement a été infirmé par la Cour d'appel du Québec[93], qui s'est appuyée sur des motifs semblables à ceux de l'affaire *Campbell*, en rejetant toutefois l'argument suivant lequel les tribunaux n'auraient aucun droit de regard sur la façon dont le procureur général exerce ses fonctions. Selon la Cour d'appel, l'arrêt des procédures peut être annulé s'il est établi que ce dernier a agi de façon partiale ou commis un abus de pouvoir[94].

---

90. *Operation Dismantle Inc.* c. *La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

91. (1987) 35 C.C.C. (3d) 480 (C.A. Ont.); confirmant (1987) 31 C.C.C. (3d) 289 (H.C. Ont.). L'affaire portait sur l'arrêt, ordonné par le procureur général, d'une poursuite privée intentée contre la clinique d'avortement du docteur Morgentaler. La décision tenait à ce que la Cour suprême du Canada était alors saisie de la question.

92. *Chartrand* c. *Québec (Minister of Justice)* (1986), 55 C.R. (3d) 97 (C.S. Qc).

93. *Québec (procureur général)* c. *Chartrand*, [1987] R.J.Q. 1732 (C.A.). Voir aussi la décision *Re Osiowy and The Queen*, précitée, note 71, suivant laquelle le tribunal doit conclure à une [TRADUCTION] «erreur flagrante» pour annuler l'arrêt des procédures ordonné par le procureur général.

94. *Québec (procureur général)* c. *Chartrand*, précité, note 93, pp. 1733 et 1735.

D'autres décisions du procureur général peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. En effet, le droit canadien a récemment consacré l'obligation de faire preuve d'équité dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires conférés par la loi[95]. Cela autorise certaines interventions judiciaires à l'égard des décisions du pouvoir exécutif, par exemple lorsque le ministre de la Justice, exerçant un pouvoir discrétionnaire prévu par un traité d'extradition, exige que l'État demandeur s'engage à ne pas faire subir la peine de mort à la personne concernée[96]; ou encore, lorsqu'il statue sur une demande de clémence présentée en vertu de l'article 690 du *Code criminel*[97].

Il ne faut pas en conclure que toute décision administrative est sujette au contrôle des tribunaux. La présentation d'une accusation, par exemple, échappe sans doute à leur pouvoir d'intervention, ce qui du reste paraît souhaitable. Cette décision, certainement préjudiciable à l'accusé, met toutefois en branle un système qui comporte des mécanismes pour assurer la protection de ses droits[98].

La décision de porter des accusations contre une personne peut cependant être soumise à l'appréciation des tribunaux au moyen d'une action contre le procureur général ou un procureur de la Couronne pour poursuites abusives. La Cour suprême a récemment eu à statuer, dans l'affaire *Nelles*[99], sur l'existence de ce recours. Jusqu'alors, le procureur général et ses représentants jouissaient d'une immunité absolue dans certaines provinces; la Cour suprême a clairement mis fin à cette situation.

Le juge Lamer, dans sa décision, a passé en revue les arguments de principe militant en faveur de l'immunité et retenus par la Cour d'appel de l'Ontario. On faisait valoir que cette immunité répondait au souci d'accroître la confiance dans l'impartialité des procureurs de la Couronne et du procureur général, et que la menace d'une responsabilité individuelle pourrait avoir un effet «paralysant» sur l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires. Le fait d'autoriser les poursuites civiles risquerait, avait-on soutenu, de susciter une avalanche de procès qui nuirait à l'accomplissement de leurs fonctions normales.

Ces arguments ont été rejetés par la Cour suprême. Tout d'abord, le juge Lamer a exprimé l'avis qu'en réalité, c'est l'immunité accordée aux poursuivants, même en cas de poursuites abusives équivalant à un abus de pouvoir, qui minait la confiance du public dans le système judiciaire. Il a ajouté que l'action pour poursuites abusives ne consistait pas simplement à mettre en cause le jugement d'un poursuivant : en fait, «un demandeur qui

---

95. *Nicholson* c. *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

96. *Kindler* c. *Canada (ministre de la Justice)*, [1987] 2 C.F. 145 (1re inst.). Le juge Rouleau a reconnu que le ministre avait l'obligation d'agir en conformité avec l'équité lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 6 du Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique..

97. *Wilson* c. *Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.).

98. Cet exemple est analogue à la comparaison faite par la juge Wilson dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc.*, précité, note 90; elle opposait la pratique manifestement inacceptable du recrutement par la force à la conscription effectuée en conformité avec la loi.

99. *Nelles* c. *Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

intente une action pour poursuites abusives ne se lance pas dans une entreprise facile[100]»; ce qu'il faut établir, c'est «l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant[101]». Dans ces conditions, a-t-il conclu, l'effet «paralysant» est très peu vraisemblable :

> Il existe donc à l'intérieur du système tous les mécanismes voulus pour prévenir les actions frivoles. En fait, la difficulté de prouver une allégation de poursuites abusives constitue elle-même un empêchement[102].

Le juge Lamer a en outre souligné qu'au Québec, où le procureur général et ses substituts peuvent être l'objet de poursuites civiles depuis 1966, on est loin d'avoir connu une avalanche de procès.

Enfin, il a fait observer que l'interdiction des recours civils contre le procureur général et les procureurs de la Couronne risquait en outre de faire obstacle aux actions fondées sur le paragraphe 24(1) de la Charte. La personne abusivement poursuivie subit une atteinte à la liberté et à la sécurité de sa personne, en violation des principes de justice fondamentale. Le paragraphe 24(1) de la Charte devrait lui garantir la possibilité de s'adresser à la juridiction compétente pour obtenir réparation; or l'immunité du poursuivant exclurait ce recours. Le juge Lamer a vu dans cet argument «une raison puissante et fondamentale de conclure que la *common law* elle-même ne prévoit pas d'immunité absolue[103]».

Il semble à tout le moins que le procureur général doive exercer ses pouvoirs dans le respect des dispositions de la Charte. Mais des tribunaux ont conclu que l'arrêt des procédures ne porte pas atteinte aux droits du plaignant[104] et ont nié l'existence d'un droit constitutionnel à l'enquête préliminaire[105]. Il est donc difficile pour le moment de préciser dans quelle mesure les décisions du procureur général sont sujettes à l'intervention des tribunaux, outre les cas d'«erreur flagrante».

Si le contrôle judiciaire des décisions du procureur général demeure relativement rare, il en va autrement en ce qui concerne les actions de ses représentants, les procureurs de la Couronne. Ceux-ci occupent une place unique dans la tradition anglo-canadienne — on a

---

100. *Id.*, p. 194.

101. *Id.*, pp. 196-197.

102. *Id.*, p. 197.

103. *Id.*, p. 196. Le juge Lamer s'exprimait au nom de la majorité, mais seuls deux autres des six juges ayant rendu la décision ont souscrit à son opinion sur ce point.

104. *Campbell* c. *Attorney-General of Ontario*, précité, note 91.

105. Voir *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (C.A. Ont.), et les observations sur cette question dans la section intitulée «L'inculpation directe», *infra*, p. 92.

pu qualifier leur charge de quasi judiciaire[106]. C'est peut-être la description de ce concept faite par le juge Rand qui est la mieux connue :

> On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires[107].

Les juridictions de première instance et d'appel exercent certes des pouvoirs très étendus à l'égard des fautes commises par le poursuivant devant le tribunal, en ce qui a trait par exemple à la présentation des arguments de la Couronne, au contre-interrogatoire des témoins — en particulier l'accusé[108] —, à la communication de la preuve à la défense[109] et à la plaidoirie finale[110], mais elles s'attribuent un rôle de surveillance beaucoup plus restreint quant à la façon dont le poursuivant exerce ses pouvoirs de poursuite à l'extérieur de la salle d'audience. Cela ne devrait étonner personne : l'indépendance de la magistrature et de la poursuite est tenue pour essentielle.

Dans son document de travail n° 15, *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*[111], la Commission a traité cette question. Elle y disait que cette séparation de pouvoirs entre les tribunaux et la Couronne devait reposer sur une distinction entre les aspects politique et non politique de l'administration de la justice. Était considérée comme «politique», en ce sens, la question qui présente une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

> [E]lle implique la décision d'appliquer ou de ne pas appliquer une loi particulière; elle met en jeu la répartition des ressources, qu'il s'agisse de ressources financières, matérielles ou humaines; c'est une question dont la solution doit tenir compte de l'opinion publique, à une époque et un endroit donnés; elle soumet celui qui doit prendre une décision à son sujet aux

---

106. Voir par exemple *Re Forrester and The Queen* (1976), 33 C.C.C. (2d) 221, p. 227 (C.S. Alb. 1re inst.).

107. *Boucher* c. *La Reine*, [1955] R.C.S. 16, pp. 23-24.

108. *R.* c. *Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.), le juge d'appel Cory, p. 383 :

> [Traduction]
> Lorsqu'un procureur de la Couronne persiste délibérément à vouloir des réponses à de telles questions non pertinentes, il suscite très souvent une apparence d'injustice qui rendra inévitablement nécessaire la tenue d'un nouveau procès.

109. *R.* c. *Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276 (C.A. Ont.).

110. *R.* c. *Theakston* (1980), 53 C.C.C. (2d) 554 (C.A. Ont.).

111. CRD, *Procédure pénale — Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*, Document de travail n° 15, Ottawa, Information Canada, 1975.

pressions de l'opinion publique et à la possibilité d'une sanction telle que la responsabilité devant la législature ou l'électorat, ou encore la destitution pure et simple[112].

En règle générale, les tribunaux refusent d'intervenir au sujet des pouvoirs discrétionnaires exercés en matière de poursuites pénales — dans la salle d'audience ou à l'extérieur de celle-ci — sauf si cet exercice est abusif. Il peut s'agir d'un abus de pouvoir, d'un manquement aux obligations rattachées à la charge de poursuivant, d'une injustice ou d'un manque d'équité envers l'accusé, d'un éventuel déni de justice ou d'actes qui déconsidèrent l'administration de la justice. Il arrive ainsi, bien que le cas soit rare, que le juge de première instance oblige le poursuivant à communiquer à l'accusé des éléments de preuve supplémentaires, ou ordonne la citation de certains témoins[113]. Il peut aussi intervenir pour écarter des éléments de preuve préjudiciables ou pour mettre fin à un contre-interrogatoire abusif de l'accusé. Des juridictions d'appel ont par ailleurs annulé des condamnations prononcées à l'issue de procès où la poursuite avait eu recours à des tactiques inacceptables — consistant par exemple dans la tentative d'exploiter les préjugés des jurés au moyen d'une plaidoirie d'un ton déplacé[114].

La possibilité de faire subir plusieurs procès à la même personne relativement aux mêmes faits est restreinte par le principe de l'autorité de la chose jugée (*double jeopardy*)[115]. Mais c'est dans le domaine des abus de procédure que se posent les plus grandes difficultés pratiques : il n'existe pas de règles rigoureuses ni de principes se dégageant d'une manière évidente. Et plusieurs caractéristiques de la fonction de poursuivant et de la fonction judiciaire rendent problématique le contrôle judiciaire en matière de poursuites. Tout d'abord, l'indépendance du procureur général milite contre l'idée d'une responsabilité de celui-ci devant le pouvoir judiciaire ou quelque autre pouvoir. Ensuite, la fonction traditionnellement assignée au pouvoir judiciaire consiste à se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé en fonction de la preuve. Il paraît de ce fait mal outillé pour déterminer quelles personnes devraient être traduites devant les tribunaux, et d'aucuns pourraient estimer inconvenant qu'il participe à cet aspect de la fonction de poursuivant. Rappelons l'opinion exprimée par le vicomte Dilhorne dans l'affaire *Director of Public Prosecutions* c. *Humphrys* :

> [TRADUCTION]
> Le juge doit rester hors de l'arène. Il ne doit avoir ni sembler avoir aucune responsabilité quant à l'engagement des poursuites. Il importe d'éviter toute confusion entre la fonction de procureur et celle de juge. Si le juge jouissait du pouvoir de refuser d'entendre une affaire parce qu'il estime que la poursuite est mal à propos, on ne tarderait pas à penser que les affaires qu'il accepte d'instruire sont celles où il a consenti aux poursuites ou les a approuvées[116].

---

112. *Id.*, p. 37.

113. Voir par exemple *R.* c. *Gudbrandson* (1986), 53 C.R. (3d) 20 (Cour de comté, C.-B.), infirmé sur un autre point par (1987) 61 C.R. (3d) 80 (C.A. C.-B.).

114. *Pisani* c. *La Reine*, [1971] R.C.S. 738.

115. *R.* c. *B.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Ont.). Voir également le document de travail de la Commission sur le plaidoyer, les moyens de défense spéciaux et le verdict (à paraître), où l'on trouvera des observations plus approfondies sur l'autorité de la chose jugée.

116. [1976] 2 All E.R. 497, p. 511 (H.L.).

Bien sûr, ce n'est pas parce qu'un tribunal juge à l'occasion nécessaire d'intervenir pour empêcher un abus de procédure qu'il en découlera une irrémédiable confusion entre la fonction de poursuivant et la fonction judiciaire. Mais l'avertissement du vicomte Dilhorne, un peu simpliste peut-être, fait tout de même ressortir ceci, que la surveillance exercée par les tribunaux en matière d'engagement de poursuites, en vertu de la théorie de l'abus de procédure, ne saurait légitimement se fonder que sur le souci de préserver l'intégrité de leur procédure et ne saurait servir de base à un contrôle systématique de l'exercice du pouvoir de poursuite. Chose certaine, le rôle des tribunaux ne consiste pas à exercer un pouvoir discrétionnaire fondé uniquement sur une vague notion d'injustice; mais en revanche, ils ne peuvent non plus se décharger de la [TRADUCTION] «responsabilité d'empêcher l'utilisation abusive de la procédure judiciaire[117]».

Après une période de grande incertitude à la Cour suprême du Canada et devant les tribunaux inférieurs, celle-ci a reconnu aux juridictions de première instance la compétence pour ordonner l'arrêt des procédures en cas d'abus dans l'application de la loi. En effet, le juge en chef Dickson a déclaré au nom de la Cour, dans l'arrêt *R.* c. *Jewitt* :

> Lord Devlin a exprimé la raison qui justifie l'existence d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance pour contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice à l'accusé, dans l'arrêt *Connelly* v. *Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.), à la p. 1354 :
>
> > [TRADUCTION] «Les tribunaux doivent-ils s'en remettre au pouvoir exécutif pour empêcher l'emploi abusif de leur procédure ? N'ont-ils pas eux-mêmes le devoir, auquel ils ne sauraient échapper, de garantir un traitement équitable à ceux qui se présentent, ou qu'on amène, devant eux ? À de semblables questions il ne peut y avoir qu'une seule réponse. Les tribunaux ne peuvent pas envisager un seul instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de s'assurer qu'il n'y a pas d'abus dans l'application de la loi.»
>
> Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R.* v. *Young*, précité, et j'affirme que
>
> > «[L]e juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire».
>
> J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes[118]».

Il ne serait pas utile de dresser la liste des divers cas où des tribunaux, antérieurement à l'arrêt *Jewitt*, ont conclu à un abus de procédure d'une gravité justifiant l'arrêt des

---

117. *Connelly* c. *Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401, p. 442 (H.L.), lord Devlin.

118. [1985] 2 R.C.S. 128, pp. 136-137.

procédures, indépendamment du fond de l'affaire[119]. On en trouve plusieurs centaines dans la jurisprudence publiée des vingt dernières années, portant sur des situations très diverses : retrait d'une accusation suivi d'une nouvelle inculpation, provocation policière, manquement à l'engagement de retirer les accusations contre la coopération avec les autorités. L'ancien juge en chef Laskin s'est exprimé de la façon suivante dans l'arrêt *Rourke* c. *La Reine*, après avoir passé en revue les affaires où des juridictions inférieures avaient exercé leur pouvoir d'arrêter les procédures :

> J'ai cité ces nombreuses affaires pour montrer la variété des situations de fait dans lesquelles des juges de diverses juridictions et de provinces différentes ont utilisé l'abus de procédure comme moyen de contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice au prévenu. Je ne porte aucun jugement sur la validité de ces décisions; elles indiquent toutefois par leur variété même l'utilité, en matière d'abus de procédure, d'un principe général que les juges devraient pouvoir invoquer dans des circonstances appropriées pour témoigner qu'ils contrôlent la procédure devant leurs tribunaux et exiger une conduite équitable du ministère public à l'égard des prévenus[120].

Ces décisions font en tout cas ressortir que parfois le poursuivant n'agit pas de manière équitable, procède à des inculpations dans des circonstances où cela est foncièrement injuste, et que les tribunaux sont alors en droit d'intervenir.

En résumé, les actions du procureur général sont sujettes au contrôle judiciaire, mais uniquement dans des cas extrêmes ou spéciaux. Une «erreur flagrante» de sa part peut donner lieu à l'intervention des tribunaux. La théorie de l'abus de procédure autorise un tel contrôle, qui s'applique tant aux décisions du procureur général lui-même qu'à celles de ses représentants.

E. Le procureur général et la police

En 1867 déjà, la police nationale relevait du procureur général, qui conservera cette responsabilité pendant plusieurs décennies. Aujourd'hui, à l'échelon fédéral[121] et dans certaines provinces[122], c'est à un autre ministre — le plus souvent le solliciteur général, notamment à Ottawa — qu'elle est confiée.

---

119. Il existe de nombreux articles, excellents, sur l'abus de procédure. Outre l'étude contenue dans STENNING, *op. cit.*, note 6, p. 329 et suiv., voir par exemple J. OLAH, «The Doctrine of Abuse of Process: Alive and Well in Canada» (1978), 1 C.R. (3d) 341; MORGAN, *loc. cit.*, note 40; P. BÉLIVEAU, J. BELLEMARE, J.-P. LUSSIER, *Traité de procédure pénale*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1981, vol. 1, pp. 49-51; C. LACERTE-LAMONTAGNE, «L'abus de procédure en droit pénal» (1982), 42 *R. du B.* 69; J.-C. HÉBERT, «La Charte canadienne et le contrôle de la discrétion ministérielle du Procureur général en droit criminel» (1986), 46 *R. du B.* 343.

120. [1978] 1 R.C.S. 1021, p. 1034.

121. Sur le plan fédéral, la Gendarmerie royale du Canada rend compte au solliciteur général. Pour des précisions sur cette question, voir STENNING, *op. cit.*, note 23, pp. 70-106 et A. GRANT, *La police : un énoncé de politique*, document d'étude préparé pour la CRD, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980, pp. 16-20.

122. Il y a un ministre spécifiquement responsable de la police dans six provinces (Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Québec, Ontario, Alberta, Colombie-Britannique). Au Québec, c'est le ministre de la Sécurité publique, tandis que dans les autres provinces, c'est le solliciteur général.

Les relations entre la police et le procureur général ou le solliciteur général sont complexes, chez nous. Le Canada étant une fédération, la police relève à la fois des gouvernements fédéral et provinciaux, et le ministère compétent diffère d'un endroit à l'autre. Il existe au surplus entre le gouvernement central et plusieurs provinces des ententes contractuelles sur les services de police. Il n'est donc pas étonnant que ces relations ne soient pas bien comprises ni du reste bien définies.

En Angleterre, la formulation classique des rapports entre la police et le procureur général est due à lord Denning, qui déclarait dans l'affaire *R.* c. *Commissioner of Police of the Metropolis, Ex parte Blackburn* :

> [TRADUCTION]
> D'après moi, le commissaire de police, à l'instar de tous les constables en chef, a le devoir d'appliquer les lois du pays. Il doit poster ses hommes de telle manière qu'ils soient en mesure de découvrir les crimes et de veiller à ce que les honnêtes citoyens puissent vaquer à leurs occupations en paix. C'est à lui qu'incombe la décision de poursuivre ou non les personnes faisant l'objet de soupçons; lorsque cela est nécessaire, il doit intenter des poursuites ou veiller à ce que ce soit fait. Mais dans l'exercice de ces fonctions, il n'est le préposé de personne; il est au service de la loi. Aucun ministre ne peut lui dire de surveiller tel ou tel endroit ou d'intenter des poursuites contre telle ou telle personne. Aucune autorité policière ne peut non plus lui donner d'instructions à ce sujet. C'est lui qui est responsable de l'application de la loi, et il n'est responsable que devant la loi[123].

Au Canada, on trouve des décisions judiciaires vieilles de plus de cent ans sur la question de l'indépendance de la police[124]. Essentiellement, elles ont eu pour effet d'exonérer divers paliers administratifs de la responsabilité civile découlant des actes accomplis par des policiers. Un commentateur en a tiré les conclusions suivantes :

> Le motif de cette absence de responsabilité est le suivant : lorsqu'un constable agit dans l'exercice de ses fonctions touchant l'application de la loi et le maintien de l'ordre public, il a le statut d'«agent de la paix» et à ce moment, il n'agit pas en qualité de préposé ou de mandataire de la municipalité, de la commission ou de l'administration qui l'a nommé, mais plutôt à titre d'officier public au service de la collectivité[125].

Dans une affaire ontarienne récente, le procureur de la Couronne, s'adressant à la cour, a fait les observations suivantes sur les rapports entre procureur général et police (en précisant qu'elles traduisaient la position du procureur général de l'Ontario :

> [TRADUCTION]
> Au regard du droit constitutionnel de ce pays, et de celui du Royaume-Uni, il ne fait pas de doute que la décision de faire enquête sur de présumées infractions et de procéder à des

---

123. [1968] 2 Q.B. 118 (C.A.), p. 136. S'il a conclu que la police n'est pas soumise aux directives émanant du pouvoir exécutif et jouit d'un pouvoir discrétionnaire très large, lord Denning a jugé que les *tribunaux* pouvaient s'opposer à certaines décisions prises par les autorités policières sur des questions fondamentales.

124. *Wishart* c. *City of Brandon* (1887), 4 Man. R. 453 (C.A.); *Rousseau* c. *La Corporation de Lévis* (1888), 14 Q.L.R. 376 (C.S.). Voir STENNING, *op. cit.*, note 23, pp. 111-121 où ces décisions ainsi que d'autres affaires anciennes sont commentées.

125. STENNING, *op. cit.*, note 23, p. 120. L'auteur relève aussi que la Cour suprême est arrivée à une conclusion contraire sur la responsabilité dans l'arrêt ultérieur *Chartier* c. *Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474, mais souligne que l'existence de ce type de responsabilité n'était pas contestée en l'occurrence.

> inculpations est une *responsabilité constitutionnelle* de la police. Le ministère public doit quant à lui déterminer de quelle façon et quand il sera donné suite aux accusations une fois qu'elles ont été portées[126].

L'ancien premier ministre Trudeau a exprimé un point de vue semblable. En 1977, abordant la question des rapports entre le solliciteur général et la GRC, il a déclaré que le gouvernement était guidé par le principe suivant :

> [L]e ministre compétent ne devrait pas avoir le droit de savoir en tout temps comment la police poursuit ses enquêtes, ce qu'elle examine, ce qu'elle recherche et la façon dont elle le fait[127].

On serait donc tenté de conclure que la situation, au Canada, correspond à celle qui a été décrite par lord Denning dans l'affaire *Blackburn*. Mais les choses ne sont pas si simples.

La fonction policière, au Canada, est aujourd'hui régie par des textes de loi qui, à l'échelon fédéral comme dans chaque province, établissent les pouvoirs et fonctions des agents de police[128]. En règle générale, le législateur soumet la police à l'autorité du ministre compétent ou d'un organisme public; ainsi, l'article 5 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*[129] précise que le commissaire gère ce corps policier «sous la direction du ministre». Or, les pouvoirs et le statut de la police étant au Canada fixés par le législateur, on pourrait en conclure que le ministre compétent peut lui ordonner de faire enquête sur telle ou telle affaire.

Au surplus, la portée de la décision *Blackburn* a été discutée dans la jurisprudence canadienne, surtout dans l'affaire *Bisaillon* c. *Keable*[130], où la Cour d'appel du Québec a souligné la situation particulière existant dans cette province. Le juge Turgeon a expliqué que si, en Angleterre, la police jouit d'une grande autonomie, au Québec elle était placée sous la surveillance du ministre de la Justice (c'est maintenant le ministre de la Sécurité

---

126. Les observations du procureur de la Couronne sont reproduites dans la décision *Campbell* c. *Attorney General of Ontario*, précitée, note 91, p. 292 (mis en italiques par nos soins). L'affaire portait sur la décision de suspendre les procédures dans une poursuite intentée contre le docteur Henry Morgentaler parce que la Cour suprême était à ce moment saisie d'un appel interjeté dans une poursuite de même nature. Comme nous le verrons, il n'est peut-être pas opportun de qualifier de constitutionnelle la responsabilité de la police.

127. Citation tirée de EDWARDS, *op. cit.*, note 48, p. 94. Edwards exprime des réserves sur ce point de vue qui, dit-il à la p. 96, «envisage la connaissance des méthodes, des pratiques et même des buts de la police, et tout renseignement à leur sujet, comme étant nécessairement synonymes d'ingérence injustifiée dans les opérations courantes des corps policiers». Il souscrit tout de même au principe de la non-ingérence dans les décisions de la police.

128. *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10; *The Constabulary Act* (devenu *The Royal Newfoundland Constabulary Act)*, R.S.N. 1970, ch. 58; *Police Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 348; *Loi sur la police*, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2; *Police Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-11; *Loi de police*, L.R.Q. 1977, ch. P-13; *Loi sur la police*, L.R.O. 1980, ch. 381; *Loi sur la Sûreté du Manitoba*, L.R.M. 1987, ch. P150; *Police Act*, R.S.S. 1978, c. P-15; *Police Act*, S.A. 1988, ch. P-12.01; *Police Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 331.

129. Précitée, note 128.

130. [1980] C.A. 316.

de la justice dans la province. La décision d'inculper une personne y appartient de ce fait au ministère public et non à la police; partant, de conclure le juge Turgeon, la décision *Blackburn* est inapplicable au Québec.

Stenning a critiqué le raisonnement sur lequel repose cette décision[131], qui du reste ne paraît pas avoir été suivie dans les autres provinces. L'arrêt *Bisaillon* a été cassé par la Cour suprême du Canada, mais pour d'autres motifs, cette question n'en ayant pas été tenue pour un élément essentiel[132].

On a également tenu compte de la décision *Blackburn* dans l'affaire *Wool* c. *The Queen*[133], mais sous un autre aspect. Dans l'affaire *Wool*, un sergent d'état-major de la GRC demandait une injonction qui interdirait à son commandant divisionnaire de l'empêcher de poursuivre une enquête contre un ancien ministre de la Justice du Yukon. La Cour a rejeté cette demande, concluant que c'est à [TRADUCTION] «la Couronne, ou au public dans son ensemble» que le commandant devait rendre compte de l'accomplissement de ses devoirs en matière d'enquêtes[134]». Elle a par ailleurs fait observer que, vu les dispositions de l'article 18 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, [TRADUCTION] «si le demandeur a le droit de faire une dénonciation, ce droit n'est pas absolu; il s'exerce sous réserve des ordres du commissaire[135]».

D'une façon, la décision *Wool* est donc conforme à l'arrêt *Blackburn* : c'est devant le public dans son ensemble, et non devant le pouvoir exécutif, que l'agent de police est responsable de l'accomplissement de ses fonctions relatives aux enquêtes. Mais il en ressort également que les droits de l'agent peuvent être restreints par un texte de loi. Il serait donc possible, sans doute, de les subordonner directement à l'autorité du pouvoir exécutif, par une simple intervention législative (on pourrait soutenir que cela a été fait, bien qu'indirectement, dans le cas de la GRC[136]).

La répartition constitutionnelle des pouvoirs vient encore compliquer la situation. Bien que le Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales aient adopté des textes régissant les corps policiers dans leur champ de compétence, les services de police sont assurés par la GRC à titre contractuel dans sept des dix provinces[137]. La même force policière y est donc en théorie soumise à l'autorité de deux gouvernements. S'il ressort de la

---

131. STENNING, *op. cit.*, note 23, pp. 137-140.

132. *Procureur général de la province de Québec* c. *Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218.

133. (1985-1986) 28 *C.L.Q.* 162 (C.F. 1re inst.).

134. *Id.*, p. 166.

135. *Ibid.*

136. Suivant l'article 18 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, précitée, note 128, chaque agent exécute ses fonctions «sous réserve des ordres du commissaire», ce dernier agissant aux termes de l'article 5 «sous la direction du ministre».

137. L'Ontario, le Québec et Terre-Neuve ont institué leur propre corps policier; la GRC exerce toutefois certaines fonctions policières dans la province de Terre-Neuve.

jurisprudence qu'en règle générale la GRC relève exclusivement du gouvernement fédéral, la question de savoir jusqu'à quel point les gouvernements provinciaux ont le pouvoir de lui donner des ordres demeure empreinte d'une certaine incertitude[138].

Les agents de police appartiennent à une organisation hiérarchique : ils reçoivent les ordres de supérieurs qui, chose importante, exercent à leur égard des fonctions de surveillance et de discipline[139]. Ces derniers sont eux-mêmes soumis à l'autorité publique et rendent compte, en dernier ressort, au ministre dont relève la police. La difficulté qui se pose, dans un tel système, réside dans la nécessité de concilier indépendance et obligation de rendre compte, sans que ni l'une ni l'autre ne s'en trouve exagérément diminuée.

---

138. Voir par exemple l'arrêt *Procureur général de la province de Québec* c. *Procureur général du Canada*, précité, note 132, où la Cour suprême a conclu qu'une commission d'enquête provinciale n'avait pas compétence pour examiner l'administration et la gestion de la GRC. La commission d'enquête, dans cette affaire, avait été établie par le Québec, l'une des provinces où la fonction policière n'est pas exercée par la GRC. Dans l'arrêt *Attorney General of Alberta* c. *Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267, la Cour suprême a décidé que la province de l'Alberta, desservie par la GRC, ne pouvait pas enquêter sur les agents de ce corps policier ni les soumettre à des mesures disciplinaires, en invoquant la loi provinciale sur la police. Toutefois, STENNING, dans *Le statut juridique de la police*, *op. cit.*, note 23, p. 82, estime que suivant le raisonnement appliqué par la Cour, il se pourrait qu'une province ait le pouvoir d'enquêter sur des agents de la GRC mais non celui de prendre des mesures disciplinaires à leur endroit.

139. *Wool* c. *The Queen*, précité, note 133.

CHAPITRE DEUX

La nécessité d'une réforme

I. Introduction

L'examen de la procédure pénale a amené la Commission à conclure que toute réforme en ce domaine doit être fondée sur des principes bien arrêtés, lesquels ont fait l'objet d'une étude approfondie dans *Notre procédure pénale*[140]. Mais l'application de ces grands principes à l'égard de l'engagement des poursuites pénales n'est pas sans poser des problèmes épineux. Le procureur général et, dans une moindre mesure, ses représentants sont investis de pouvoirs très étendus, dont l'exercice n'est pas strictement réglementé. Un juge faisait observer qu'on ne peut «concevoir de système d'application de la loi où aucune personne ayant autorité ne serait appelée à décider si une personne doit être poursuivie ou non pour une infraction alléguée[141].» Mais la nécessité d'attribuer aux poursuivants de larges pouvoirs n'est pas un obstacle à l'application du principe de la *modération*. Elle n'exclut pas non plus que les personnes qui exercent ces pouvoirs soient tenues d'en *rendre compte*, pas plus qu'elle n'empêche de fixer des critères d'application *clairs* ni d'exiger le respect de l'*équité*. Aucun de ces principes ne doit systématiquement l'emporter sur les autres; ils ne sauraient non plus être mis en œuvre avec une telle rigueur que le système en perdrait toute efficacité. Par ailleurs, celui-ci doit demeurer ouvert au regard du public et à la critique.

La grande majorité des décisions courantes touchant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'engager ou non des poursuites pénales peut très bien échapper au contrôle judiciaire. Nous reconnaissons aussi que, dans une très large mesure, c'est sur l'intégrité personnelle du procureur général qu'il faudra continuer de compter pour que les fonctions rattachées à sa charge soient exercées avec toute la rectitude nécessaire. Il n'en demeure pas moins que le fait de préciser dans un texte législatif les pouvoirs que la common law confère à la Couronne permettrait de définir plus clairement en quoi consistent ceux du procureur général. Bon nombre de nos recommandations découlent du souci de concilier l'inévitable attribution de pouvoirs discrétionnaires étendus au procureur général avec le respect des principes qui viennent d'être évoqués.

---

140. CRD, *Notre procédure pénale*, Rapport n° 32, Ottawa, La Commission, 1988.

141. *R.* v. *Court of Sessions of the Peace, Ex Parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244 (C.A. Qc), p. 248, passage cité dans l'arrêt *Smythe* c. *La Reine* par la Cour suprême du Canada, qui exprime son adhésion: [1971] R.C.S. 680, p. 686.

Par ailleurs, les pouvoirs du procureur général forment certes un important élément de départ pour l'étude de cette charge, mais il convient également de tenir compte de la nature même de celle-ci ainsi que de l'amalgame des responsabilités qui y sont associées. Cette préoccupation est devenue plus pressante avec l'entrée en vigueur de la Charte. Le procureur général, dont relève tout le personnel affecté aux poursuites au sein de l'Administration fédérale, a dans plusieurs affaires importantes préconisé, par la voix de ses représentants, une interprétation restrictive des droits individuels garantis par ce texte constitutionnel, dans le but selon toute apparence d'en limiter l'incidence sur les techniques d'application de la loi et sur les poursuites[142]. En revanche, la Cour suprême a déclaré qu'il faut donner à la Charte une interprétation «large et libérale[143]»; le procureur général doit en tenir compte lorsque, en tant que ministre de la Justice, il donne des conseils au Cabinet sur des questions de nature législative.

Les mêmes tensions se manifestent lorsque le procureur général s'occupe de la réforme du droit pénal. Il y a d'une part la nécessité de limiter les atteintes à l'intimité de la vie privée, et d'autre part, la police et les poursuivants qui veulent des lois plus rigoureuses, plus efficaces — autrement dit, plus de pouvoirs. Aussi nous demanderons-nous pour commencer s'il est préférable que le même ministre remplisse ces rôles jusqu'à un certain point contradictoires, ou si une nouvelle répartition des responsabilités ne serait pas souhaitable.

II. La structure des ministères de la Justice et du Solliciteur général

A. Le ministère de la Justice

Nous avons vu que, au Canada, les fonctions de procureur général et de ministre de la Justice sont de par la loi dévolues à la même personne. La structure du ministère en porte bien sûr la marque, tout comme les ententes administratives touchant le service des poursuites pénales.

À la tête du ministère de la Justice (et sous l'autorité du Ministre), il y a le sous-ministre de la Justice, auquel la loi confie aussi la charge de sous-procureur général[144]. Viennent ensuite trois sous-ministres délégués, responsables respectivement du droit civil, du contentieux et du droit public.

---

142. Voir par exemple l'affaire *R.* c. *Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301, où le procureur général a plaidé en faveur des mandats de main-forte, ou encore l'affaire *R.* c. *Smith*, précitée, note 69, où il a défendu la peine minimum de sept ans d'emprisonnement pour importation de stupéfiants.

143. Voir *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, pp. 154-155; et *Law Society of Upper Canada* c. *Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365 et suiv.

144. *Loi sur le ministère de la Justice*, précitée, note 30, par. 3(2). Les renseignements contenus dans cette section sont tirés de : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport annuel 1988-1989*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1990. Le lecteur trouvera à l'annexe C un tableau expliquant l'organisation du ministère de la Justice.

Les poursuites pénales relèvent de la Direction du droit pénal, laquelle est sous l'autorité du sous-procureur général adjoint — Droit pénal. Le secteur du Contentieux comporte deux autres directions, la Direction du contentieux des affaires civiles et la Direction du droit fiscal, chacune étant placée sous l'autorité d'un sous-procureur général adjoint. Fait également partie de ce secteur le Groupe des avocats généraux, qui est dirigé par le premier avocat général et qui s'occupe des litiges devant, en raison de leur complexité, être confiés à des avocats qui possèdent une expérience et des connaissances particulières.

Les projets de loi d'initiative ministérielle et les amendements sont rédigés par la Direction de la planification des programmes législatifs, laquelle relève du sous-ministre délégué — Droit civil. Toutefois, les avocats de la Direction du droit pénal «sont appelés à donner leur avis sur les modifications au *Code criminel* et sur l'élaboration des propositions législatives en matière pénale, de même que sur l'élaboration des politiques et des programmes en matière de droit pénal[145].»

On voit tout de suite que le service des poursuites ne bénéficie d'aucune indépendance particulière dans cet «organigramme». Il fait partie intégrante du Ministère, chaque fonction supérieure de direction s'inscrivant dans la structure d'ensemble. On voit aussi que les fonctions touchant l'élaboration des grandes orientations sont exercées au sein du même ministère que les fonctions ressortissant aux poursuites judiciaires. Ainsi, le service des poursuites a voix au chapitre dès qu'un texte législatif a pour effet de modifier le droit pénal.

Or, chacune de ces deux situations — à savoir, le cumul des charges de ministre de la Justice et de procureur général, et la non-indépendance du service des poursuites — nous paraît une source possible de difficultés sur le plan de l'administration de la justice. Nous étudierons successivement l'une et l'autre de plus près.

1. La scission des charges de ministre de la Justice et de procureur général

a) La situation actuelle

L'une des principales sources d'inquiétude, au regard de la structure actuelle du ministère de la Justice, concerne les risques d'ingérence politique dans les décisions prises en matière de poursuites judiciaires. Ce problème est traité plus loin. D'autres difficultés, d'un ordre tout à fait différent, se posent également.

Elles découlent fondamentalement de l'opposition entre les différentes fonctions attribuées à la personne qui cumule les postes de ministre de la Justice et de procureur général. Le problème, pour l'essentiel, se résume de la façon suivante. La charge de ministre de la Justice se caractérise avant tout par sa «neutralité». Le titulaire, en sa qualité de conseiller juridique du Cabinet, doit notamment examiner les lois et en garantir la conformité aux dispositions de la Charte[146]. Il est le principal responsable de l'élaboration de la politique

145. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 144, p. 21.

146. *Loi sur le ministère de la Justice*, précitée, note 30, modifiée par S.C. 1985, ch. 26, art. 106.

juridique du gouvernement, ainsi que du système judiciaire et de l'administration de la justice. Ce sont là des missions dont l'accomplissement suppose une parfaite impartialité. Le même ministre, en tant que procureur général, assume la responsabilité du service des poursuites. Or, il serait faux de parler dans ce cas d'une fonction «neutre», malgré l'obligation faite au ministère public d'agir d'une manière équitable : le procureur de la Couronne, dans l'administration de la justice, est en fait l'une des parties qui s'opposent dans le cadre d'un litige. Lorsque les deux rôles sont confiés au même ministère, on risque inévitablement de voir les intérêts du procureur général en qualité de poursuivant influer sur l'exercice de fonctions où l'impartialité est indispensable — du moins, c'est ainsi que le public pourrait voir les choses.

Pensons par exemple à l'examen des textes législatifs sous l'aspect de leur conformité aux dispositions de la Charte. Comme nous l'avons vu, la Cour suprême du Canada s'est exprimée clairement : la Charte doit faire l'objet d'une interprétation «large et libérale[147]». Le ministre de la Justice doit en tenir compte lorsqu'il se prononce sur la validité des textes qui sont soumis à son approbation. Il devrait donc, dans l'exercice de cette fonction, s'attacher à la préservation et à la protection des droits individuels et partant, ne pas donner son aval aux lois qui menacent ceux-ci.

Le procureur général, quant à lui, est responsable des poursuites. À ce titre, il pourra bien légitimement souhaiter l'adoption de dispositions législatives sévères, rigoureuses, propres à faciliter l'application de la loi. Mais voilà, des dispositions de ce genre risquent fort, par ailleurs, de constituer une menace pour les droits individuels garantis par la Charte; il y a donc lieu de les soumettre à un examen serré avant de les déclarer valides. Or, si cette vérification est confiée à la personne qui est justement la plus intéressée à l'adoption des textes en cause, il est permis de craindre qu'elle ne soit pas aussi impartiale qu'on pourrait le souhaiter[148].

De même, la position adoptée dans les procès par les avocats qui représentent le procureur général s'opposera vraisemblablement à l'approche «large et libérale» que l'on attend du ministre de la Justice. Et puisque la Charte n'entre en jeu que lorsqu'un gouvernement est jusqu'à un certain point en cause[149], les représentants du procureur général

---

147. Voir *Hunter* c. *Southam Inc.*, précité, note 143, et *Law Society of Upper Canada* c. *Skapinker*, précité, note 143.

148. Pensons par exemple au cas de l'article 487.2 du *Code criminel*. Cette disposition, qui établit des restrictions touchant la publication des renseignements figurant dans les mandats de perquisition, a reçu la caution du ministre de la Justice. Or elle a depuis lors été jugée contraire à la Charte par les juridictions inférieures de deux provinces : *Canadian Newspapers Co.* c. *Attorney General of Canada* (1986), 28 C.C.C. (3d) 379 (B.R. Man.) et *Canadian Newspapers Co.* c. *Attorney General of Canada* (1986), 29 C.C.C. (3d) 109 (H.C. Ont.). Le ministre a décidé de ne pas interjeter appel, mais de considérer la disposition en question comme inopérante. Il semblerait donc qu'après coup, le ministère de la Justice ait reconnu qu'elle contrevenait à la Charte. On se demande pourquoi il ne l'avait pas fait dès le départ.

149. Aux termes de l'article 32 de la Charte, celle-ci est applicable «au Parlement et au gouvernement du Canada», ainsi qu'«à la législature et au gouvernement de chaque province». La portée exacte de cette disposition n'a pas encore été établie d'une manière certaine : voir par exemple *SDGMR* c. *Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

seront normalement appelés à plaider dans les actions fondées sur ses dispositions, et chercheront naturellement à les faire rejeter. Dans l'affaire *Hunter* c. *Southam Inc.*[150], par exemple, les avocats du ministère public ont défendu la validité des dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*[151] concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies. Quelques années plus tard, ils ont plaidé la constitutionnalité des mandats de main-forte[152] et de la peine minimum de sept ans de prison en cas d'importation de stupéfiants[153]; or la Cour suprême du Canada a conclu à l'inconstitutionnalité dans chaque cas. En pratique, le souci de préserver les techniques d'application de la loi jugées efficaces oblige souvent les avocats qui œuvrent pour le compte du procureur général à adopter une position différente de celle du ministre de la Justice et à défendre une interprétation restrictive des droits garantis dans la Charte.

Cette opposition d'intérêts se manifeste aussi par le fait que le même ministère a la responsabilité de l'engagement des poursuites et de l'aide juridique. Pour une bonne part, cette seconde responsabilité consiste dans la défense de personnes accusées d'un crime[154]. Dans une large mesure, donc, le ministre qui est chargé d'intenter des poursuites contribue aussi à la défense des accusés. . . Le procureur général est donc clairement susceptible de se trouver en situation de conflit d'intérêts lorsqu'il a à prendre des décisions sur la répartition des crédits ou d'autres ressources entre ces deux services.

En plus, le ministre responsable des poursuites, non seulement désigne les juges devant lesquels plaident les procureurs de la Couronne, mais négocie avec eux des enjeux tels que leur rémunération et leur régime de pension. Il est à tout le moins permis de se demander s'il peut y avoir apparence de justice lorsque les juges sont choisis et rémunérés par le ministre responsable des poursuites intentées au nom de l'État.

Il peut également y avoir conflit lorsque les représentants du procureur général doivent poursuivre des personnes qui font partie du ministère de la Justice ou sont liées à celui-ci, ou encore doivent faire enquête sur elles. Au Manitoba, par exemple, dans le récent «scandale des contraventions», la police et le bureau des procureurs de la Couronne, qui relèvent tous deux du procureur général de la province, ont à la suite d'une enquête déclenché des poursuites contre un certain nombre de personnes, parmi lesquelles figuraient deux juges de la Cour provinciale et un magistrat — les trois appartenaient donc à un système judiciaire relevant aussi du ministère du procureur général. Comme l'a fait observer le juge en chef Dewar, chargé d'étudier les faits de cette affaire :

---

150. Précitée, note 143.

151. L.R.C. (1985), ch. C-34.

152. *R.* c. *Hamill*, précité, note 142.

153. *R.* c. *Smith*, précité, note 69.

154. D'après le rapport du GROUPE DE TRAVAIL NATIONAL SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE intitulé *Legal Aid Services in Canada 1977-1978*, Le Groupe de travail, 1979, pp. 7-8, 42 % des cas d'aide juridique, en 1977-1978, concernaient des affaires pénales et l'Administration fédérale a supporté 48 % des frais reliés à des procédures pénales.

[TRADUCTION]
L'intégrité d'un système judiciaire organisé et administré par le ministère du Procureur général étant en cause, il n'était pas souhaitable de confier à la Section de la justice pénale de ce ministère (le bureau des procureurs de la Couronne) une mission supposant l'impartialité en matière de poursuites. Car dans les circonstances, vu l'organisation actuelle du Ministère, les fonctionnaires et les procureurs de la Couronne ne sauraient être considérés comme indépendants. L'affaire des contraventions est un cas où un conflit interne surgit et où l'indépendance du rôle du poursuivant s'évanouit[155].

Indépendamment de la question des enquêtes sur des personnes œuvrant au sein du même ministère, le rapport Dewar fait état d'autres situations de conflit potentiel que nous venons de signaler, et qui tiennent à l'existence de liens trop étroits entre le service des poursuites et le reste du Ministère. Il ressort par exemple de la correspondance reproduite dans le rapport que le directeur des poursuites pénales s'inquiétait d'un possible conflit entre ses diverses fonctions. Tandis que d'un côté il tentait de négocier un plaidoyer de culpabilité avec l'avocat d'un des juges de la Cour provinciale, de l'autre, en tant que fonctionnaire du ministère de la Justice, il prenait part à des discussions portant sur le point de savoir si le juge en question allait être admissible à certaines prestations de retraite. Citons encore une fois le juge Dewar :

[TRADUCTION]
C'est pour des raisons purement pratiques que la Couronne a été amenée à prendre part aux négociations sur le plaidoyer, et à exploiter dans ces négociations la possibilité de verser des prestations de retraite plus élevées dans un cas et d'offrir le maintien de la charge dans l'autre. Ces arrangements ont été mis au point par des fonctionnaires supérieurs du ministère du Procureur général approchés par les avocats des accusés, ou grâce à leur intervention. Dans les deux cas, les avocats de la Couronne ont reconnu l'existence d'un problème d'ordre éthique mais ont tout de même poursuivi et conclu les négociations, compromettant ainsi leur indépendance[156].

Peu importe la nature des arrangements, le risque de conflit d'intérêts existe toujours lorsque le service des poursuites doit faire enquête sur lui-même. Le procureur général pourrait mandater un avocat de l'extérieur chaque fois qu'un tel cas se présente. Mais il vaut mieux éviter de tels arrangements ad hoc dans la mesure du possible. Plus le service des poursuites est isolé des autres volets de l'administration de la justice (et du ministère dirigé par le procureur général), moins le problème se posera.

On peut aussi aborder la situation sous un autre angle et dire que la représentation des ministères du gouvernement (non seulement en matière pénale mais aussi en matière civile), qui constitue une fonction du procureur général, risque de se heurter à l'obligation d'impartialité qui lui incombe en tant que ministre de la Justice. Ainsi, le ministère qui souhaiterait faire valoir la nécessité d'une interprétation libérale des pouvoirs dont il jouit en vertu de la loi, au chapitre des fouilles, des perquisitions et des saisies, pourrait s'estimer non adéquatement représenté par des avocats dont le rôle consiste aussi à veiller à ce que

155. *The Dewar Review*, *op. cit.*, note 3, p. 64.

156. *Id.*, p. 65.

les atteintes de l'État à la liberté individuelle soient restreintes à ce que nécessite la protection de la société[157].

Une situation de ce genre s'est du reste présentée dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association*[158]. La demanderesse, une jeune fille de douze ans, avait intenté une action contre la *Ontario Hockey Association* après que la Commission ontarienne des droits de la personne eut conclu que la loi la régissant permettait le type de discrimination reprochée, ce qui l'empêchait de donner suite à la plainte. La Commission était également désignée dans la déclaration. En Cour d'appel, le juge Finlayson, dissident, a fait ressortir le dilemme auquel faisait face l'avocate de la Commission : elle ne représentait semblait-il que la Commission, et pas le procureur général, alors que de l'avis du juge il eût été logique qu'elle reçût ses instructions du second. Et, bien que la Commission eût invoqué sa loi constitutive pour rejeter la plainte, son avocate avait reconnu que le procureur général avait publiquement fait état de la nécessité de modifier la loi en question, et elle en avait plaidé l'inconstitutionnalité devant le tribunal. L'avocate se trouvait donc placée dans cette curieuse situation où, d'une part, elle défendait la position de la Commission, fondée sur les restrictions posées par sa loi constitutive, et d'autre part, elle contestait la légitimité de ces restrictions[159].

On connaît des exemples d'opposition entre les deux principales fonctions du ministère de la Justice, soit l'élaboration des grandes orientations en matière juridique et la participation aux litiges intéressant l'État. Par exemple, la Commission canadienne des droits de la personne rend compte de son administration au Parlement, par l'intermédiaire du ministre de la Justice dont elle relève. Les possibilités de conflit d'intérêts ont été signalées à plus d'une reprise :

---

157. Rappelons à ce propos les observations de Ian Scott, suivant lesquelles le procureur général pourrait se sentir contraint de traduire en justice un collègue du Cabinet pour empêcher que soient prises des mesures anticonstitutionnelles (*supra*, p. 11 et note 37).

158. (1986) 54 O.R. (2d) 513 (C.A.).

159. Ian Scott a commenté le rôle qu'il a joué dans cette affaire en qualité de procureur général. Il explique que son ministère convenait de l'inconstitutionnalité de la disposition en question et avait préparé une modification législative, qui n'avait pas encore été adoptée; I. Scott, «Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980s» (1989), 39 *U.T.L.J.* 109.

L'auteur ajoute que deux raisons avaient pu inciter le ministère à adopter ce point de vue. Premièrement, il s'agissait d'une affaire civile concernant une loi provinciale. Il souligne aux pp. 123-124 que la situation est plus délicate lorsqu'un procureur général provincial considère comme inconstitutionnelle une disposition législative fédérale, un article du *Code criminel* par exemple. Ne s'étant [Traduction] «pas encore fait sur cette question une idée claire et appuyée sur des principes», il juge toutefois [Traduction] «opportun que les procureurs généraux des provinces fassent preuve de déférence» à l'égard du point de vue de leur collègue fédéral.

Deuxièmement, il rappelle que le Cabinet était d'accord avec lui, dans l'affaire *Blainey*, au sujet de l'inconstitutionnalité de la disposition en cause. Dans d'autres cas, à cause de considérations différentes de celles prises en compte par le procureur général, dit-il à la p. 126, [Traduction] «il est probable que le procureur général constate que le Cabinet ne voudra pas suivre ses conseils et reconnaître l'inconstitutionnalité d'une disposition de droit civil».

> Ce dernier [le ministre de la Justice] est également procureur général du Canada et, à ce titre, il représente les organismes et les ministères du gouvernement en cause dans un litige, y compris un litige dans le cadre duquel ils prennent position contre la Commission canadienne des droits de la personne[160].

Malgré plusieurs demandes faites par la Commission elle-même et des recommandations provenant de l'extérieur, on n'a toujours pas remédié à la situation[161].

De même, l'organisation du Programme de contestation judiciaire, destiné au financement des actions intentées par des citoyens pour attaquer des textes de loi en se fondant sur la Charte, a fait l'objet de critiques :

> Le Programme de contestation judiciaire est extrêmement utile, car il a aidé des requérants à obtenir un certain nombre de décisions judiciaires importantes dans le domaine des droits linguistiques. Il souffre cependant d'une grave faiblesse. En effet, c'est le ministère de la Justice qui détermine en partie quelle cause bénéficiera d'une aide financière, mais ses propres avocats peuvent représenter un ministère dans la même affaire, ce qui risque, à l'occasion, de placer le ministère dans une situation de conflit d'intérêts[162].

La responsabilité de ce programme a depuis lors été confiée au Conseil canadien de développement social.

b) Recommandations

La Commission a décidé de ne faire pour le moment aucune recommandation quant à la scission des fonctions de procureur général et de ministre de la Justice, et à la création de deux ministères distincts. Des arguments puissants militent en faveur de ce changement, mais avant de faire des propositions définitives, il y a lieu d'étudier certains problèmes, en particulier dans des domaines autres que celui du droit pénal.

L'une des principales raisons pour lesquelles on pourrait juger cette mesure opportune réside dans le fait qu'à l'heure actuelle, les nouvelles lois sont élaborées et cautionnées par le ministère qui exerce les poursuites. En cas de scission, il y aurait donc lieu à notre sens de confier toutes les poursuites, civiles et pénales, au procureur général. En outre, il serait vraisemblablement souhaitable que le procureur général assume le rôle de conseiller juridique auprès du Cabinet et des ministères, du moins pour ce qui a trait aux obligations

---

160. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport annuel 1979*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 16.

161. Voir par exemple les rapports annuels de la Commission des droits de la personne concernant les années 1979, 1980 et 1981. Puis, en 1983, la Commission a retiré la demande de son rapport sans explications. Toutefois, on a aussi recommandé des changements dans deux rapports indépendants publiés ultérieurement : CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ SPÉCIAL SUR LA PARTICIPATION DES MINORITÉS VISIBLES À LA SOCIÉTÉ CANADIENNE, *L'égalité ça presse!* : *Rapport du Comité spécial sur les minorités visibles dans la société canadienne*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, mars 1984, et CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES, *Égalité pour tous* : *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, octobre 1985.

162. *Égalité pour tous*, *op. cit.*, note 161, p. 145.

du gouvernement en vertu de la loi. En cette matière, son rôle ressemblerait, pensons-nous, à celui que joue tout avocat auprès de ses clients.

En revanche, c'est au ministre de la Justice qu'il faudrait confier la tâche d'élaborer les nouveaux textes de loi, de donner des conseils quant aux principes qui les sous-tendent et de vérifier la validité de ces textes sur le plan constitutionnel. Il demeurerait également responsable de la gestion des tribunaux et de l'administration de la justice en général : il vaut mieux que ces fonctions soient assumées par une personne qui n'est pas tenue de plaider devant les tribunaux. La réforme du droit devrait aussi faire partie de cette charge. Quant aux responsabilités touchant l'aide juridique, ni le ministre de la Justice ni le procureur général ne paraît être la personne idéale pour les exercer; le premier semble toutefois moins exposé aux conflits d'intérêts.

Quoi qu'il en soit, la Commission s'abstient de toute recommandation définitive pour l'instant, et cela pour plusieurs raisons. Premièrement, toute modification majeure de la charge de procureur général aurait des conséquences sur le rôle que le titulaire peut jouer et jouera au sein du Cabinet. Certaines des personnes que nous avons consultées font valoir que la présence au Cabinet de trois conseillers juridiques (le ministre de la Justice, le procureur général et le solliciteur général) aurait pour effet de diluer l'influence de chacun d'eux, et singulièrement des deux premiers. Or, l'administration de la justice pourrait en pâtir.

Deuxièmement, le titulaire des charges de procureur général et de ministre de la Justice assume également des responsabilités dans des domaines autres que le droit pénal. En effet, tous les textes de loi, sans exception, sont élaborés sous la direction du ministre de la Justice. Et tous les litiges, qu'ils relèvent du droit civil ou du droit pénal, sont plaidés pour le compte du procureur général. La scission du ministère, souhaitable du point de vue du droit pénal, aura de sérieuses conséquences dans les autres domaines du droit public qui l'intéressent. Sans une étude plus approfondie de ces conséquences, il serait imprudent de proposer des modifications importantes à la structure du Ministère. La Commission compte revenir à cette question et présenter des recommandations dans un futur document de travail.

Troisièmement, rien n'empêche selon nous de s'attaquer — du moins en partie — aux problèmes inhérents au cumul des fonctions sans proposer la scission du Ministère. Nous avons déjà signalé la nécessité de mettre le ministère public à l'abri des éventuelles pressions politiques[163]. Dans cette perspective, nous proposons dans la section suivante l'établissement d'un nouveau poste, celui de directeur des poursuites pénales, au titulaire duquel serait confiée la responsabilité de ces poursuites. De par sa nature même, ce poste devra être séparé, administrativement parlant, du ministère de la Justice. Sa création répondrait avant tout à la volonté de faire obstacle aux pressions politiques. Elle permettrait en outre de mieux dissocier les fonctions attribuées au Ministère d'une part en matière de poursuites et d'autre part en ce qui a trait à l'élaboration des grandes orientations juridiques. Cette séparation, croyons-nous, pourrait remédier aux situations de conflits d'intérêts évoquées ci-dessus.

---

163. Voir «Le procureur général et le pouvoir politique», *supra*, p. 8.

2. L'établissement d'un ministère public indépendant

a) La situation actuelle

La personne qui cumule les charges de ministre de la Justice et de procureur général est membre du Cabinet. Nous avons déjà expliqué qu'aucune considération de nature politique ne devrait normalement intervenir dans les décisions qu'elle prend en matière de poursuites judiciaires. Peut-être alors devrait-elle carrément être exclue du Cabinet, feront valoir certains. Comme en témoignent les allusions contenues dans les propos de l'ancien procureur général de la Colombie-Britannique au moment de sa démission, celui qui se trouve à la tête du ministère public s'expose à subir des pressions inopportunes lorsqu'il participe activement au processus politique. Il est donc indispensable de lui laisser une certaine dose d'indépendance politique, sans pour autant le libérer de toute obligation de rendre compte à une autorité supérieure. Comment parvenir à cet équilibre délicat ?

Il est instructif de voir quelles solutions ont été retenues dans d'autres pays qui ont eu à faire face à ce problème. Le système dit «traditionnel» est celui qui a été mis en place en Angleterre et au pays de Galles. La République d'Irlande et l'État de Victoria (en Australie) sont quant à eux allés jusqu'au bout dans la voie de l'indépendance du ministère public, tandis que la Nouvelle-Zélande et le Commonwealth d'Australie ont pris le parti opposé[164].

Nous décrirons aussi les structures établies au Canada à l'égard de fonctions dont l'exercice doit de la même façon être à l'abri de l'ingérence gouvernementale : celles de vérificateur général et de président de la Commission des droits de la personne.

(i) Le partage des responsabilités dans d'autres pays[165]

(A) *Angleterre et pays de Galles*

En Angleterre, les responsabilités relatives aux poursuites pénales sont réparties entre les titulaires de plusieurs charges. À l'annexe A, on précise quelles fonctions se rattachent à chacune d'entre elles. Pour l'instant, il suffira de décrire celles du procureur général (*Attorney General*) et du *Director of Public Prosecutions*.

Officiellement, les poursuites pénales relèvent du procureur général, qui a aussi le pouvoir de prendre en main les poursuites privées et d'y mettre fin au moyen du *nolle prosequi*. Le procureur général n'appartient pas au Cabinet; la tradition veut que, pour les décisions touchant l'engagement de poursuites, il puisse consulter les ministres, qui ne sauraient toutefois lui dicter sa conduite.

---

164. Le lecteur trouvera à l'annexe D un tableau explicatif.

165. Nous nous inspirons principalement ici des travaux de J.L.J. EDWARDS, et en particulier du mémoire qu'il a présenté à la Commission royale sur la poursuite criminelle contre Donald Marshall Jr., *Walking the Tightrope of Justice*, vol. 5, Halifax, La Commission royale, 1989.

D'une manière générale, c'est le bureau du *Director of Public Prosecutions*, dont la création remonte à l'adoption du *Prosecution of Offences Act, 1879*[166], qui s'occupe des poursuites concernant les infractions criminelles les plus graves. Jusqu'en 1985, le directeur n'avait la responsabilité que d'une fraction des poursuites pénales exercées en Angleterre, la très grande majorité étant confiées à des avocats qui suivaient les instructions des *chief constables* locaux[167]. La situation a changé lors de l'entrée en vigueur du *Prosecution of Offences Act, 1985*[168]. Cette loi redéfinit la charge de *Director of Public Prosecutions*, dont le titulaire est nommé par l'*Attorney General* et touche le traitement fixé par ce dernier, avec l'approbation du Trésor[169], de même que les prestations de retraite négociées individuellement avec le Trésor (à moins que le titulaire ne soit déjà fonctionnaire)[170]. Le *Director of Public Prosecutions* dirige le ministère public (*Crown Prosecution*), à qui sont confiées toutes les poursuites pénales de nature non privée en Angleterre et au pays de Galles — encore que les dénonciations conservent leur caractère «privé» et que les particuliers puissent engager des poursuites pénales. Le directeur est nommé pour une durée indéterminée et est assujetti aux règles et exigences de la fonction publique, c'est-à-dire qu'il pourrait éventuellement être démis de ses fonctions en cas d'incompétence ou d'infraction à la loi ou aux règles habituelles de conduite[171]. Il dispose néanmoins d'une certaine latitude quant au recrutement du personnel : il désigne les fonctionnaires de son service, dont le nombre doit être approuvé par le ministre des Finances[172].

Le *Director of Public Prosecutions*, comme l'énonce le paragraphe 3(1) de la loi de 1985, exerce ses fonctions sous la surveillance du procureur général. Sir Michael Havers, ancien procureur général de la Grande-Bretagne, a expliqué dans les termes suivants en quoi consiste cette surveillance :

> [TRADUCTION]
> Ma responsabilité quant à la façon dont le directeur s'acquitte de ses fonctions ne m'oblige pas à contrôler quotidiennement ni à approuver chacune de ses décisions. Il prend de nombreuses décisions sans me les soumettre, mais je n'en reste pas moins responsable de ses actions, en ce sens que je dois en rendre compte au Parlement. Mon obligation de surveillance signifie que je dois considérer les grands principes qui orientent ses décisions en matière de poursuites pénales. Vu mes rapports avec lui, j'exige d'être mis au courant au préalable de toutes les questions majeures et délicates, et de celles qui revêtent une importance particulière du point de vue de l'intérêt public, de façon à être en mesure d'exercer mon droit de regard ultime si le besoin s'en fait sentir[173].

---

166. (R.-U.), 42-43 Vict., ch. 22.

167. A. SANDERS, «The New Prosecution Arrangements — (2) An Independant Crown Prosecution Service?», [1986] *Crim. L.R.* 16, p. 16.

168. (R.-U.), 1985, ch. 23.

169. *Ibid.*

170. Communication privée entre la Commission de réforme du droit et M. Roger K. Daw, *Policy and Information Division, Director of Public Prosecutions* (R.-U.), 15 décembre 1989.

171. *Ibid.*

172. *Prosecution of Offences Act, 1985*, précité, note 168, par. 1(2).

173. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, pp. 48-49.

Rien n'empêcherait donc le procureur général d'ordonner au *Director of Public Prosecutions* de prendre en main des poursuites engagées par de simples citoyens, mais sans présenter d'éléments de preuve. Il pourrait de même lui demander d'intenter des poursuites dans tel ou tel cas.

Suivant l'article 9 de la loi, le directeur doit chaque année présenter un rapport au procureur général, que celui-ci dépose au Parlement et fait publier. Ce rapport indique notamment toute modification apportée à la codification des principes régissant l'engagement de poursuites, l'arrêt des procédures, etc., à l'intention des procureurs de la Couronne.

C'est surtout la tradition qui protège l'indépendance du ministère public contre les pressions politiques, mais cette protection n'en est pas moins efficace. Et les procureurs de la Couronne bénéficient de la relative indépendance de leur supérieur immédiat, le *Director of Public Prosecutions*. Les intéressés savent que, normalement, le procureur général ne s'immiscera pas dans la gestion du service ni dans les mesures prises à l'égard de tel ou tel dossier. Dans les cas où son intervention s'avère nécessaire, il est entendu qu'il ne tiendra compte d'aucune considération liée aux intérêts de sa formation politique et que le Cabinet ne tentera pas de lui dicter la conduite à adopter[174].

(B) *République d'Irlande*

La charge de procureur général est établie par la Constitution de la République d'Irlande. Le procureur général, conseiller juridique du gouvernement, est également responsable de la poursuite des crimes et des délits autres que ceux auxquels s'applique la procédure sommaire. Malgré le caractère politique de sa charge, il ne fait pas partie du Cabinet; il n'est pas non plus obligatoirement membre de l'assemblée législative. L'indépendance de la fonction est encore accrue du fait que, selon le règlement de l'assemblée, le procureur général, même lorsqu'il y siège, ne peut être astreint à y rendre compte des mesures prises à l'égard de poursuites pénales, les explications étant données par le premier ministre ou le secrétaire parlementaire[175].

Le poste de *Director of Public Prosecutions* existe depuis l'adoption du *Prosecution of Offences Act, 1974*[176]. Le directeur est un fonctionnaire désigné par le gouvernement[177], mais

---

174. STENNING explique dans *Appearing for the Crown*, *op. cit.*, note 6, p. 293 et suiv., que la responsabilité du procureur général devant le Cabinet est à tout le moins problématique, dans la mesure où il n'est peut-être pas véritablement tenu de lui rendre compte. Par ailleurs, sa responsabilité devant le pouvoir législatif se limite à répondre aux questions de la Chambre, généralement a posteriori, sur les décisions qu'il prend. L'auteur ajoute, p. 305, qu'on n'a jamais vu un procureur général d'Angleterre démissionner ou être révoqué à cause de critiques essuyées au Parlement, et rappelle qu'en cas de vote le parti au pouvoir imposerait sa volonté grâce à sa majorité.

175. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 267, n. 47.

176. (Rép. d'Irl.), 1974, ch. 22.

177. *Id.*, par. 2(2) et 2(4).

selon les recommandations faites par un comité de cinq personnes où siègent notamment le juge en chef et le président du conseil général du barreau de l'Irlande[178]. C'est le premier ministre, après avoir consulté le ministre de la Fonction publique, qui détermine les conditions d'emploi, notamment en ce qui touche la pension de retraite[179]. Le directeur est responsable du service des poursuites, mais c'est au premier ministre qu'il appartient en vertu de la loi, de désigner les fonctionnaires qui travailleront sous ses ordres[180].

Le paragraphe 3(1) de la loi dispose que le directeur [TRADUCTION] «exerce toutes les fonctions susceptibles d'être exercées en matière criminelle [. . .] par le procureur général», tandis qu'il est précisé au paragraphe 2(5) que [TRADUCTION] «le directeur exerce ses fonctions d'une manière indépendante». Le procureur général et le *Director of Public Prosecutions* sont tenus, en vertu du paragraphe 2(6) de la loi, de se consulter à l'occasion au sujet des fonctions du second, mais cela ne confère aucunement au premier le droit de lui donner des directives[181]. Le paragraphe 6(1) témoigne clairement de l'indépendance dont jouit le directeur : il interdit toute communication avec celui-ci ou avec son personnel qui aurait pour but d'influencer le déroulement de poursuites pénales en cours.

Les pouvoirs du *Director of Public Prosecutions* font par ailleurs l'objet de certaines restrictions. Ainsi, le procureur général demeure responsable des poursuites intentées en vertu de certaines lois (loi de 1962 sur les conventions de Genève, loi de 1963 sur les secrets officiels, loi de 1973 sur le génocide). Il lui revient aussi de défendre les dispositions législatives dont la constitutionnalité est attaquée devant les tribunaux. Mais on ne saurait parler dans ce cas d'ingérence véritable. Le législateur a simplement voulu réserver certaines fonctions au procureur général, le *Director of Public Prosecutions* conservant toute son indépendance pour l'accomplissement de celles qui lui sont attribuées.

Le paragraphe 5(1) de la loi, en revanche, permet au gouvernement de confier des dossiers au procureur général lorsque la sécurité nationale l'exige. L'autonomie du directeur quant à l'accomplissement de ses tâches courantes ne risque sans doute pas d'en souffrir, mais ce pouvoir confère tout de même au gouvernement un certain droit de regard sur l'exercice de ses fonctions. Car, du moins dans les cas où la sécurité nationale est en jeu, le directeur sait qu'il peut se voir retirer un dossier si le gouvernement ne souscrit pas aux mesures qu'il propose.

Les mécanismes prévus pour pourvoir au poste ou pour en destituer le titulaire comportent des garanties supplémentaires quant à l'indépendance du *Director of Public Prosecutions*. Celui-ci, nous l'avons dit, est désigné par le premier ministre, mais sur la recommandation d'un comité formé des personnes suivantes : le juge en chef, le président du conseil général du barreau de l'Irlande, le président de la *Incorporated Law Society*, le secrétaire du gouvernement et l'adjoint principal du procureur général pour les questions

178. *Id.*, par. 2(7).

179. *Id.*, par. 2(8).

180. *Id.*, par. 2(11).

181. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 265, cite une note explicative publiée par le gouvernement irlandais à ce sujet.

juridiques. L'assemblée législative peut destituer le directeur, mais doit pour cela être saisie du rapport d'un comité constitué du juge en chef, d'un juge de la *High Court* et du procureur général. La loi n'indique pas de motifs précis; elle énonce seulement que le comité peut faire enquête sur [TRADUCTION] «l'état de santé, physique ou mentale, du directeur» ou [TRADUCTION] «faire enquête sur la conduite du directeur (dans l'exécution de ses fonctions ou non), soit en général, soit dans un cas particulier[182]».

Comme on le voit, ni le gouvernement ni le procureur général ne jouissent dans le système irlandais d'un droit de regard important sur les décisions du service des poursuites pénales. En plus, l'indépendance de ce service est garantie par de nombreux mécanismes. Ce n'est que dans certaines circonstances que le directeur peut se faire retirer un dossier, qui est alors confié au procureur général. Et puisque ce dernier échappe lui aussi à l'autorité du Cabinet, le pouvoir d'intervention du gouvernement reste très limité même dans ce cas.

On a du reste pu se demander si l'autonomie du service des poursuites n'allait pas jusqu'à le soustraire à toute obligation de rendre compte :

> [TRADUCTION]
> Le *Director of Public Prosecutions*, en Irlande, jouit d'une totale indépendance et le procureur général n'a aucun droit de regard sur son activité. Une question se pose alors : qui doit rendre compte au Parlement de l'Irlande des décisions prises par le directeur ? Si l'expérience vécue dans d'autres pays du Commonwealth qui ont adopté dans leur Constitution le principe d'un ministère public indépendant laisse présager ce qui attend la République d'Irlande, tôt ou tard les questions fondamentales du droit de regard et de l'obligation de rendre compte feront l'objet d'un débat virulent au sein du Parlement élu[183].

Par contre, un auteur irlandais estime que le système mis en place traduit l'adhésion consciente au principe d'un ministère public non tenu de rendre compte de ses décisions et fait état d'une [TRADUCTION] «satisfaction générale quant à l'application du principe constitutionnel établi par ce pays[184]».

(C) *État de Victoria (Australie)*

La charge de procureur général est établie par la Constitution de l'État de Victoria. Le titulaire étant ministre, il doit faire partie du Cabinet.

Comme en Angleterre, le ministère public ne relève cependant pas directement du procureur général. Il est administré par le *Director of Public Prosecutions*, dont le poste a été créé par le législateur en 1982[185].

---

182. *Prosecution of Offences Act, 1974*, précité, note 176, par. 2(9).

183. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, pp. 267-268.

184. D. COSTELLO, compte rendu de l'ouvrage *The Attorney General, Politics, and the Public Interest* (1985), 20 *The Irish Jurist* 223, p. 224.

185. *Director of Public Prosecutions Act 1982*, (Vict.) n° 9848/1982.

Le directeur est désigné par le gouverneur en conseil[186]. Son bureau prépare, engage et exerce toutes les poursuites pénales intentées pour le compte de l'État devant la *High Court*, la *Supreme Court* et la *County Court*; il s'occupe des enquêtes préliminaires et peut prendre en main les procédures relatives à toute infrac ion punissable selon la procédure sommaire[187]. Le directeur est investi du même pouvoir que le procureur général en matière de *nolle prosequi*[188]. Par ailleurs, il [TRADUCTION] «rend compte au procureur général de l'exercice des fonctions que lui attribue la présente loi», sans que cette responsabilité [TRADUCTION] «ne diminue en rien les pouvoirs du directeur en ce qui a trait à la préparation, à l'engagement et à l'exercice de poursuites en vertu de la présente loi[189]».

L'État de Victoria s'est ainsi doté d'un *Director of Public Prosecutions* jouissant d'une indépendance pratiquement totale sur le plan des structures. On a ainsi voulu soustraire ses décisions au droit de regard du procureur général et faire en sorte qu'elles soient prises à l'abri des considérations politiques susceptibles d'influencer ce dernier.

Cette indépendance se trouve renforcée d'autres façons. Ainsi, le directeur est responsable de la dotation et du budget de son service[190]. Il occupe sa charge jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans; pour le traitement et la pension de retraite, il est sur le même pied que les juges puînés de la *Supreme Court*; les dispositions de la loi sur la fonction publique ne s'appliquent pas à lui[191]. Il peut être suspendu par le gouverneur en conseil; mais dans ce cas, le procureur général doit communiquer au Parlement, dans les sept jours (ou, si le Parlement ne tient pas alors séance, dans les sept jours qui suivent le début de la session suivante), les motifs justifiant cette suspension. Si le Parlement n'adopte pas dans les sept jours qui suivent la remise de ce rapport une résolution en vue de la destitution du directeur, la suspension est annulée. Il s'agit du seul mécanisme prévu pour la révocation du *Director of Public Prosecutions*[192].

La loi autorise par ailleurs le directeur à fournir des lignes directrices de portée générale aux procureurs, à la police, etc., mais ne l'habilite pas à intervenir directement au niveau des dossiers[193]. Ces lignes directrices doivent en outre être publiées dans la *Government Gazette*[194].

---

186. *Id.*, par. 3(1).

187. *Id.*, par. 9(1).

188. *Id.*, art. 14.

189. *Id.*, art. 9.

190. Communication privée entre la Commission de réforme du droit et M[e] John Coldrey, c.r., *Director of Public Prosecutions* (Victoria), 14 mars 1990.

191. *Director of Public Prosecutions Act 1982*, précité, note 185, art. 4 et 6.

192. *Id.*, art. 5. On ne trouve ni dans la loi ni ailleurs des motifs précis de destitution : communication privée entre la Commission de réforme du droit et M[e] John Coldrey, *supra*, note 190.

193. *Director of Public Prosecutions Act 1982*, précité, note 185, par. 10(1).

194. *Id.*, par. 10(2).

La solution retenue par l'État de Victoria se caractérise par la parfaite indépendance du ministère public. L'obligation de rendre compte n'y tient donc qu'une bien petite place, tout comme dans le système irlandais. Et, davantage encore qu'au Royaume-Uni, le gouvernement, comme du reste le procureur général, a la possibilité de décliner toute responsabilité à l'égard des décisions impopulaires ou peu judicieuses. Bien intentionné ou non, le procureur général ne peut exercer aucune influence sur les dossiers relatifs aux poursuites. D'autre part, une fois le directeur nommé, le gouvernement n'assume aucune responsabilité à l'égard des actions de celui-ci. En résumé, personne n'a véritablement de comptes à rendre à une quelconque autorité, sauf les procureurs de la Couronne.

(D) *Commonwealth d'Australie*

La charge de procureur général a été instituée par le *Commonwealth of Australia Constitution Act* (1900)[195]; son titulaire dirige le ministère du Procureur général. La loi exige qu'il soit sénateur ou député, ou qu'il le devienne dans les trois mois. Le procureur général ne fait pas obligatoirement partie du Cabinet; il est parfois aussi ministre de la Justice[196].

La responsabilité des poursuites pénales a été confiée, comme dans d'autres États, au *Director of Public Prosecutions*, dont la fonction a été instituée par le *Director or Public Prosecutions Act 1983*[197]. Nommé par le gouverneur général, le directeur reçoit le traitement fixé par le tribunal de la rémunération[198]. Les membres de son personnel sont désignés sous le régime du *Public Service Act 1922*, le directeur étant investi en vertu de cette loi des pouvoirs d'un responsable permanent[199].

Le procureur général a conservé la faculté de participer à l'administration du service des poursuites, soit par l'établissement de lignes directrices, soit par l'intervention au niveau des dossiers. Le paragraphe 8(1) de la loi dispose :

> [TRADUCTION]
> Dans l'exercice de ses fonctions et de ses pouvoirs, le directeur est soumis aux directives et aux lignes directrices que le procureur général établit par écrit en consultation avec le directeur.

Des précisions sont apportées au paragraphe 8(2) :

> [TRADUCTION]
> Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (1), les directives ou lignes directrices données en vertu de cette disposition peuvent :
>
> *a*) avoir trait aux circonstances dans lesquelles le directeur devrait engager ou exercer des poursuites pénales;

---

195. (R.-U.), 63 & 64 Vict., ch. 12.

196. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 367.

197. (Austr.) n° 113/1983.

198. *Id.*, art. 18 et 19.

199. *Id.*, art. 27.

b) avoir trait aux circonstances dans lesquelles un engagement doit être pris en conformité avec le paragraphe 9(6);

c) être données relativement à une affaire en particulier.

Mais si le procureur général peut dicter au directeur une ligne de conduite dans tel ou tel dossier, des mécanismes empêchent les abus. Ainsi, toute directive doit être donnée par écrit (paragraphe 8(1)); et suivant le paragraphe 8(3), l'acte instrumentaire qui les contient est publié dans les meilleurs délais dans la *Gazette*, une copie en étant déposée devant les deux Chambres du Parlement dans les quinze jours où siège chacune d'elles. La loi permet cependant de retarder la publication lorsque les intérêts de la justice l'exigent[200].

Comme dans d'autres États, le poste du *Director of Public Prosecutions* est protégé par la loi et son titulaire jouit d'une meilleure «sécurité d'emploi» que le simple fonctionnaire. Le directeur est nommé par le gouverneur général pour une durée d'au plus sept ans, mais son mandat peut être renouvelé[201]. Divers motifs peuvent entraîner sa destitution; dans certains cas, celle-ci est obligatoire, dans d'autres cas elle est facultative. Ainsi, le gouverneur général peut révoquer le directeur pour [TRADUCTION] «inconduite, ou incapacité mentale ou physique», et y est tenu dans d'autres circonstances — faillite, exercice d'un autre emploi, etc.[202]. Aucune disposition spéciale n'a été prise en matière de pension de retraite en vue de conférer au directeur une indépendance supérieure à celle dont jouit le fonctionnaire moyen. S'il est choisi à l'intérieur de la fonction publique, le directeur continue d'être visé par le régime de retraite de la fonction publique. S'il vient de l'extérieur, il peut commencer à contribuer à ce régime ou prendre d'autres arrangements à cet égard[203].

On voit tout de suite que cette solution s'écarte radicalement de celles retenues par l'État de Victoria et la République d'Irlande. Le *Director of Public Prosecutions* est responsable du ministère public et en dirige les opérations quotidiennes. Le procureur général conserve cependant la faculté de donner des instructions au directeur — pas seulement d'une manière générale, mais aussi dans tel ou tel dossier. Le directeur, soumis à l'autorité du procureur général, doit donc lui rendre compte directement de ses actes. Un auteur juge cette subordination indispensable, car sans elle la fonction de procureur général risquerait de

---

200. *Id.*, par. 8(4) et 8(5). Depuis la création de la charge de directeur, le procureur général n'a émis qu'une seule directive, à la demande du directeur lui-même. Jusqu'à récemment, seul le procureur général, à l'exclusion du directeur, était habilité à présenter une dénonciation *ex officio*, sans qu'une enquête préliminaire ait eu lieu ou lors même que le prévenu aurait été libéré à l'issue de l'enquête préliminaire (procédure analogue à celle de l'article 577 du *Code criminel*), et seul le procureur général pouvait s'engager à ne pas poursuivre un complice en échange de la déposition de celui-ci. Toutefois, [TRADUCTION] «les dernières modifications à la loi ont investi le directeur des mêmes pouvoirs, de sorte qu'à toutes fins utiles, le procureur général n'a plus aucune raison d'intervenir dans le processus de poursuite.» Communication privée entre la Commission de réforme du droit et M. J.W. McCarthy, adjoint principal du directeur, *Commonwealth Director of Public Prosecutions*, 15 décembre 1989.

201. *Director of Public Prosecutions Act 1983*, précité, note 197, art. 18.

202. *Id.*, art. 23.

203. Communication privée entre la Commission de réforme du droit et M. J.W. McCarthy, *supra*, note 200..

perdre toute signification concrète, le titulaire étant [TRADUCTION] «incapable de s'acquitter intégralement des obligations ressortissant au principe de la responsabilité ministérielle[204]».

Le procureur général est par ailleurs publiquement responsable des mesures prises en matière de poursuites pénales, vu les exigences entourant l'élaboration des directives. Celles-ci devant être communiquées par écrit, publiées et déposées au Parlement, tout intervention directe de sa part sera connue, et il devra en rendre compte tant aux députés qu'au public.

(E) *Nouvelle-Zélande*

En Nouvelle-Zélande, on a très tôt senti le besoin d'expérimenter diverses possibilités en ce qui a trait à l'organisation de la charge de procureur général. En 1866, on procède à un important changement : la fonction perd son caractère politique et devient permanente. Mais dix ans plus tard, le législateur adopte une modification législative ayant pour effet de permettre la nomination d'un député au poste de procureur général[205]; depuis lors, celui-ci a toujours été occupé par un membre de la Chambre des communes. Traditionnellement, le procureur général est aussi ministre de la Justice et, partant, membre du Cabinet; mais contrairement à ce qui se passe au Canada, cela ne découle d'aucune disposition législative[206].

Officiellement, le procureur général est responsable de la poursuite des infractions criminelles. Dans la pratique, toutefois, cette responsabilité est assumée par le solliciteur général. Cette charge a été rendue permanente en 1875 et a alors perdu son caractère politique; les pouvoirs dont le titulaire est investi n'étaient pas précisés par la loi, mais la *Supreme Court* a déclaré cette année-là que les attributions du solliciteur général étaient les mêmes qu'en Angleterre[207]. En outre, la loi d'interprétation énonce depuis 1924 que le solliciteur général a toutes les attributions du procureur général.

L'évolution des rôles du procureur général et du solliciteur général est cependant plus significative que les textes législatifs. Graduellement, on en est venu à considérer ce dernier comme le principal conseiller juridique du gouvernement, bien que son poste soit moins prestigieux que celui de son collègue. Le solliciteur général est responsable du *Crown Law Office*, dont relèvent les poursuites devant la *Supreme Court* et la Cour d'appel; il donne aussi des avis de nature juridique au gouvernement. Le procureur général, dont le poste est officiellement et dans les faits plus important que celui du solliciteur général, défère traditionnellement à l'opinion du solliciteur général pour tout ce qui touche au droit[208].

---

204. J.L.J. EDWARDS, «The Charter, Government and the Machinery of Justice» (1987), *R.D.U.N.-B.* 41, p. 56.

205. *The Attorney-General's Act, 1876*, (N.-Z.), 40 Vict. ch. 71.

206. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 390.

207. *Solicitor General ex relatione Cargill* c. *The Corporation of the City of Dunedin* (1875-1876), 1 N.Z. Jur. (N.S.) 1.

208. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, souligne à la p. 393 que les deux seuls cas où il semble y avoir eu désaccord entre les deux se sont produits en 1918-1919 : le procureur général avait donné aux procureurs de la Couronne des instructions contraires aux souhaits du solliciteur général.

On voit donc que si, à proprement parler, il n'y a pas de *Director of Public Prosecutions* en Nouvelle-Zélande, une charge très semblable s'est fait jour avec le temps; concrètement, le ministère public est indépendant et l'on considère que le procureur général ne doit y jouer aucun rôle. La gestion courante du service ainsi que les opinions et les conseils de nature juridique sont le fief du solliciteur général. Car si rien n'interdit au procureur général de donner des instructions à son collègue — ni ne l'oblige à rendre publiques celles qu'éventuellement il lui donne —, dans la pratique il ne le fait jamais[209].

L'indépendance du service des poursuites est donc purement dans ce cas une affaire de tradition, l'existence de la charge de solliciteur général n'étant établie par aucun texte législatif. Ce qu'il faut craindre alors, bien entendu, c'est une subordination excessive de la fonction à une autre autorité, et non des lacunes quant à l'obligation de rendre compte. Voici les observations faites à ce sujet par Edwards :

> [TRADUCTION]
> Parmi les autres données qui contribuent au caractère délicat de ces rapports, dans lesquels la personne qui occupe la charge pour ainsi dire subalterne exerce d'une manière générale le pouvoir concret, il faut citer le nombre d'années d'expérience dans sa fonction dont peut justifier chacun des conseillers juridiques (*Law Officers*), sa personnalité et la conviction avec laquelle il est disposé à exercer son rôle constitutionnel. Le plus souvent, les éventuelles divergences d'approche entre le procureur général et le solliciteur général concerneront la mesure dans laquelle des considérations d'ordre politique devraient influer sur la décision d'instituer des poursuites pénales ou d'y mettre fin. On ne devrait pas s'étonner outre mesure qu'à l'occasion, les deux conseillers juridiques, dont l'optique n'est pas nécessairement la même, soient en désaccord lorsqu'il s'agit de déterminer où se situe l'intérêt public[210].

(ii) Le contexte canadien : deux exemples

Si l'on veut établir de nouvelles structures administratives, il est bien sûr préférable de veiller à ce qu'elles s'insèrent harmonieusement dans le contexte canadien. Aussi y a-t-il lieu de se pencher sur le cas de titulaires de charges publiques qui, à l'instar du *Director of Public Prosecutions*, jouissent chez nous d'une grande indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. Nous étudierons brièvement, sous divers angles, celui du vérificateur général et du président de la Commission des droits de la personne.

C'est par un texte de loi qu'a été établi le poste de vérificateur général[211]. Celui-ci est désigné par le gouverneur en conseil pour une durée de dix ans ou jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans, sans possibilité de renouvellement[212]. Le vérificateur général peut être démis de ses fonctions par le gouverneur en conseil, sur adresse du Sénat et des Communes. La loi n'énonce aucun motif de destitution, mais précise que le vérificateur général occupe sa charge «à titre inamovible[213]».

---

209. *Id.*, pp. 391-394.

210. *Id.*, pp. 393-394.

211. *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17.

212. *Id.*, art. 3.

213. *Ibid.*

Le vérificateur reçoit le même traitement que les juges puînés de la Cour suprême du Canada. La pension de retraite est établie en conformité avec les dispositions de la *Loi sur la pension de la fonction publique* ou de la *Loi sur la pension spéciale du service diplomatique*, au gré de l'intéressé[214].

Quant au personnel affecté au bureau du vérificateur général, il est nommé selon les modalités prévues par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*[215]. Le vérificateur jouit toutefois en matière de recrutement des attributions des commissaires de la fonction publique; et pour ce qui a trait à la gestion du personnel et aux relations du travail, il a les mêmes pouvoirs que le Conseil du Trésor. Cela confère à son service une certaine indépendance sur le plan de la dotation en personnel[216].

D'autre part, la Commission des droits de la personne a été instituée par l'adoption de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[217]. Celle-ci prévoit la nomination de cinq à huit commissaires, dont un président[218]. Celui-ci est désigné par le gouverneur en conseil; son mandat, d'une durée maximale de sept ans, est susceptible de renouvellement[219]. Il peut être destitué par le gouverneur en conseil, «sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes». La loi ne prévoit ici non plus aucun motif précis pour la révocation; elle dispose simplement que le président occupe sa charge à titre inamovible[220].

Le traitement des commissaires est fixé par le gouverneur en conseil[221], mais la loi ne renferme aucune précision sur la pension de retraite.

Le recrutement du personnel de la Commission des droits de la personne s'effectue en conformité avec les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*[222]; son indépendance n'est pas garantie de façon particulière.

(iii) La nécessité de la réforme au Canada

Avant de faire quelque recommandation concernant la réforme du système canadien, il faut rappeler les principes dont nous avons déjà signalé l'importance. Premièrement, aucune considération de nature politique ne devrait normalement influer sur la décision d'engager ou non des poursuites pénales dans un cas donné. Deuxièmement, lorsque de telles

---

214. *Id.*, art. 4.

215. *Id.*, art. 15.

216. *Id.*, par. 15(3), art. 16.

217. L.R.C. (1985), ch. H-6.

218. *Id.*, par. 26(1).

219. *Id.*, par. 26(3) et 26(5).

220. *Id.*, par. 26(4).

221. *Id.*, art. 30.

222. *Id.*, art. 32.

considérations, au sens le plus large, entrent en jeu, l'intérêt politique du procureur général ou du gouvernement du moment ne devrait jouer aucun rôle. On peut tenter de réaliser cet objectif en garantissant l'indépendance du procureur général par rapport au Cabinet, mais il importe avant tout de bien comprendre le principe en cause et d'y adhérer.

Au surplus, il s'avère impossible dans certains cas de déterminer avec certitude si des considérations politiques sont ou non liées à l'intérêt du parti au pouvoir. C'est alors à l'opinion publique qu'il faut s'en remettre; elle déterminera si les décisions ont bien été prises dans l'intérêt public ou si elles étaient intéressées.

On constate par ailleurs que d'autres pays ont adopté des systèmes très différents les uns des autres, avec des résultats satisfaisants. Ceux où l'indépendance du ministère public est officiellement réduite à sa plus simple expression, tout autant que ceux où il jouit d'une indépendance totale, paraissent susceptibles de garantir l'impartialité nécessaire. Ce qui est crucial, pourrait-on alors conclure, ce ne sont pas les mécanismes institutionnels mais bien l'adhésion aux grands principes qui viennent d'être évoqués. Comme le soulignait Edwards,

> [TRADUCTION]
> Il ne fait aucun doute pour moi qu'en dernière analyse — et indépendamment des garanties constitutionnelles pouvant être adoptées —, ce qui importe au premier chef, ce sont les qualités des titulaires de la charge de procureur général : force de caractère, intégrité personnelle, respect des principes de l'indépendance et de la représentation impartiale de l'intérêt public. Or, l'existence de ces qualités ne dépend certes pas exclusivement de la nature politique ou non politique de la charge[223].

Cela ne veut cependant pas dire que le choix du système n'ait aucune importance. Il faut plutôt en conclure que l'une de ses caractéristiques importantes doit consister dans la possibilité d'y déceler aisément tout manquement aux principes directeurs, avec les avantages qui en découlent sur le plan de l'obligation de rendre compte.

b) Recommandations

1. Il y aurait lieu d'instituer la charge de directeur des poursuites pénales, d'une part pour que l'engagement des poursuites pénales échappe à toute considération politique partisane, et d'autre part afin d'atténuer les risques de conflit d'intérêts au sein du ministère dirigé par le procureur général. Le titulaire dirigerait le ministère public et relèverait directement du procureur général.

2. Le directeur des poursuites pénales ne ferait pas partie de la fonction publique. Il serait désigné par le gouverneur en conseil et choisi parmi les candidats proposés par un comité indépendant.

3. Le directeur occuperait ses fonctions pendant une période de dix ans, au terme de laquelle sa nomination pourrait être renouvelée une seule fois.

---

223. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 67.

4. Le directeur pourrait être démis de ses fonctions avant l'expiration de son mandat pour l'un des motifs suivants : inconduite, incapacité physique ou mentale, incompétence, conflit d'intérêts, refus de suivre les directives officielles et écrites du procureur général.

5. Le directeur ne pourrait être démis de ses fonctions que par suite d'un vote de la Chambre des communes, sur motion du procureur général, et après avoir été entendu devant un comité parlementaire.

6. Le directeur recevrait le même traitement et la même pension de retraite que les juges de la Cour fédérale du Canada.

7. Le procureur général aurait le pouvoir d'établir à l'intention du directeur des lignes directrices de nature générale et de lui donner des directives touchant une affaire en particulier. Ces lignes directrices et ces directives seraient obligatoirement écrites, publiées dans la *Gazette* et rendues publiques au Parlement. Lorsque les intérêts de la justice l'exigent, le procureur général pourrait retarder la publication d'une directive touchant une affaire en particulier jusqu'à ce que le dossier soit clos.

8. Le directeur serait habilité à fournir aux procureurs de la Couronne des lignes directrices de nature générale ainsi que des directives touchant une affaire en particulier. Ces lignes directrices seraient obligatoirement écrites et seraient publiées dans un rapport remis annuellement au Parlement par le directeur.

9. Le directeur jouirait de tous les pouvoirs conférés au procureur général en matière de droit criminel — notamment des pouvoirs qui lui sont conférés personnellement — sans que ce dernier en soit pour autant privé.

10. Le budget du bureau du directeur constituerait un poste du budget du procureur général. C'est le directeur, et non le procureur général, qui verrait à l'utilisation des crédits affectés au bureau.

Commentaire

La Commission propose la création, au Canada, d'une charge de directeur des poursuites pénales semblable à celle de *Director of Public Prosecutions* qui existe dans les pays mentionnés plus haut. Après avoir envisagé de recommander la désignation d'un directeur des litiges intéressant l'État, qui serait responsable des affaires de nature tant civile que pénale, elle a décidé de limiter ses recommandations au domaine des poursuites pénales, car la question des poursuites civiles déborde le cadre de ce document de travail. Il y aurait tout de même lieu, de l'avis de la Commission, d'explorer la possibilité d'étendre les mesures proposées au domaine du droit civil, de sorte que la totalité des poursuites relèvent du bureau du procureur général, sous sa nouvelle incarnation.

D'une manière générale, nous souscrivons au modèle retenu par le Commonwealth d'Australie. Mais en ce qui a trait au traitement du directeur et à l'exercice de sa charge, les solutions retenues par l'État de Victoria (Australie) nous semblent intéressantes, tout comme les règles prévues en Irlande quant à la désignation et à la destitution. En outre, il nous paraît opportun de ne pas s'écarter radicalement des dispositions adoptées au Canada dans le cas de charges comparables.

Suivant le principe de l'indépendance du procureur général, il faut éviter de subordonner celui-ci au Cabinet parce qu'il résistera plus facilement ainsi aux influences politiques indues que ne pourrait le faire le Cabinet dans son ensemble. À notre avis, le professionnel dont la durée des fonctions est fixée par la loi et qui n'a aucun intérêt personnel dans le sort du parti au pouvoir sera d'autant plus en mesure de faire preuve d'impartialité dans l'exercice de ses attributions.

L'établissement de cette charge présente plusieurs avantages. Tout d'abord, son existence devrait accroître — concrètement et aux yeux du public — l'indépendance des procureurs de la Couronne. Ensuite, le fait d'enlever au procureur général la charge directe des poursuites pénales contribuera à une répartition des responsabilités susceptible d'atténuer l'apparence de conflit d'intérêts, inévitable à l'heure actuelle lorsque la personne qui cumule les fonctions de procureur général et de ministre de la Justice agit à la fois en qualité de conseiller juridique du gouvernement et de responsable des poursuites[224]. Enfin, on ne peut que favoriser la continuité de l'action du ministère public si la direction n'en est pas confiée à une nouvelle personne chaque fois qu'il y a changement du parti au pouvoir.

Le directeur, qui sera avocat, sera responsable des poursuites pénales et rendra compte directement au procureur général. Ce ne sera pas un fonctionnaire : il sera nommé par le gouverneur en conseil. En ce qui concerne la désignation, nous proposons les modalités appliquées en République d'Irlande, similaires à celles qui régissent au Canada le choix des juges[225].

Nous recommandons la mise sur pied d'un comité spécial qui proposera des candidats au gouverneur en conseil. Ce dernier restera maître du choix définitif, qui sera néanmoins exercé à partir de la courte liste soumise par le comité. Nous ne faisons aucune recommandation quant à la composition de celui-ci. On pourrait cependant suivre l'exemple de l'Irlande, où le comité est formé du juge en chef de la *Supreme Court*, du président du conseil général du barreau de l'Irlande, du président de la *Incorporated Law Society*, du secrétaire du gouvernement ainsi que de l'adjoint principal du procureur général sur les questions juridiques[226].

---

224. Voir les observations déjà faites sur cette question, sous la rubrique «La scission des charges de ministre de la Justice et de procureur général» (p. 37).

225. À la suite de réformes récentes effectuées par le ministre de la Justice, les candidats aux postes de juges doivent tout d'abord être jugés qualifiés par un comité de la province où siégera le juge. Ce comité est constitué d'une personne désignée par le barreau provincial ou territorial, d'une autre désignée par la section provinciale ou territoriale de l'Association du Barreau canadien, d'un juge puîné d'une juridiction où les juges sont désignés par le fédéral, d'une personne nommée par le procureur général provincial ou le ministre de la Justice territorial, et enfin d'une personne désignée par le ministre fédéral de la Justice.

226. *Prosecution of Offences Act, 1974*, précité, note 176, sous-al. 2(7)*a*)(i).

Il vaudrait mieux à notre sens que la durée des fonctions soit fixée une fois pour toutes par la loi, comme c'est le cas dans le Commonwealth d'Australie. Mais cette période ne doit pas être trop courte : car alors, si le renouvellement de nomination est exclu, on perd tous les avantages liés à la continuité de l'administration; et si le renouvellement est possible, on risque d'avoir l'impression que le directeur doit chercher à répondre aux attentes du gouvernement afin de conserver sa charge, surtout lorsque son mandat tire à sa fin. Par contre, une durée trop longue — nomination à vie, comme dans le cas des juges ou comme dans l'État du Victoria, par exemple — présente des inconvénients sur le plan de l'obligation de rendre compte.

Nous proposons que le directeur exerce ses fonctions pendant une période de dix ans, au bout de laquelle sa nomination pourra être renouvelée une fois. À notre avis, les avantages liés à la continuité de l'administration ne justifient pas qu'une personne occupe la fonction pendant plus de vingt ans.

Il faudra donc prendre des mesures pour éviter que le directeur, lorsque la date fatidique approche, ne soit influencé par le souci de plaire au gouvernement. On peut en partie y parvenir par le jeu des dispositions touchant le traitement et la pension de retraite.

Pour le traitement, nous préconisons une approche semblable à celle adoptée par l'État de Victoria et à la solution appliquée au Canada dans le cas du vérificateur général. Il ne serait pas fixé par le gouvernement ni négocié avec chaque titulaire, mais correspondrait à celui des juges de la Cour fédérale. Les avantages que cela présente ont été évoqués par le *Director of Public Prosecutions* du Victoria, où la rémunération du titulaire de cette charge est identique à celle des juges de la *Supreme Court* :

> [TRADUCTION]
> L'indépendance, tant réelle qu'apparente, a été réalisée par l'octroi au *Director of Public Prosecutions* du statut de juge de la *Supreme Court*. Outre que le titulaire occupe sa charge à titre inamovible, l'avantage réside dans le fait que toute nomination subséquente au poste de juge de la *Supreme Court* ne constitue pas une promotion, ce qui supprime concrètement toute incitation à considérer le poste de directeur comme un tremplin dans une carrière où l'avancement est subordonné à l'approbation future du gouvernement. Sans compter que, le directeur étant revêtu du prestige judiciaire, ses décisions sont plus facilement acceptées par la collectivité[227].

Le directeur jouirait aussi des mêmes droits que les juges de la Cour fédérale en matière de pension. Cette garantie atténuera l'intérêt du renouvellement de la nomination et favorisera l'indépendance du titulaire[228]. Du point de vue du gouvernement — et sur le plan

---

227. J. COLDREY, c.r., dans un texte présenté à l'occasion d'une conférence sur la réforme du droit pénal tenue au Inns of Court, à Londres, en juillet 1987; cité dans EDWARDS, *op. cit.*, note 165, p. 47.

228. Il faudra de toute évidence modifier légèrement les dispositions touchant les pensions, pour tenir compte du fait que le directeur est nommé pour une période déterminée et non pas jusqu'à sa retraite. De plus, des modalités différentes pourront dans certains cas s'avérer préférables de son point de vue, par exemple s'il a fait partie de la fonction publique et souhaite voir son cas régi par les règles prévues par la *Loi sur la pension de la fonction publique*. L'objectif consistant à permettre au directeur de recevoir des prestations de pension intéressantes, il devrait à notre avis avoir la faculté de choisir un régime différent de celui proposé ici.

des finances publiques — cet élément plaidera en revanche en faveur du maintien du titulaire à son poste.

L'effet de toutes ces garanties d'indépendance se trouvera bien sûr affaibli s'il est trop facile de provoquer la destitution du directeur. Car dans ce cas, celui-ci pourra être tenté d'adapter ses décisions aux souhaits de l'équipe au pouvoir, et son indépendance s'en trouvera minée; du moins, c'est ainsi que le public risque de voir les choses. Il serait par contre impensable, dans un système fondé sur la notion de responsabilité et de limitation des pouvoirs, que la révocation du directeur pendant l'exercice de ses fonctions soit péremptoirement exclue.

C'est pourquoi nous recommandons que le directeur soit susceptible de révocation, celle-ci ne dépendant toutefois pas d'une simple décision du gouverneur en conseil. Nous proposons plutôt qu'il puisse être destitué au moyen d'un vote de la Chambre des communes sur motion du procureur général. De cette façon, ce n'est pas devant le Parlement qu'il devra directement et personnellement répondre de ses actes, mais bien devant le ministre dont il relève. Le mécanisme préconisé oblige toutefois le gouvernement à justifier sa décision devant la Chambre des communes. Dans les faits, bien sûr, il n'aura aucun mal à faire adopter sa motion grâce à sa situation majoritaire au Parlement; il n'en devra pas moins défendre sa décision, puisqu'elle sera soumise au crible d'un examen public et d'un débat parlementaire.

De plus, le directeur ne devrait selon nous pouvoir être destitué que pour des motifs bien précis et qu'après avoir été entendu devant un comité parlementaire, vraisemblablement le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général de la Chambre des communes[229]. Les motifs proposés sont les suivants : inconduite, incapacité physique ou mentale, incompétence, situation de conflit d'intérêts, refus de suivre les directives officielles et écrites du procureur général. Ils correspondent dans une large mesure à ceux qui ont été retenus par le Commonwealth d'Australie; dans notre régime, toutefois, aucun des motifs prévus n'entraînerait *automatiquement* la révocation, celle-ci demeurant une simple possibilité.

Le procureur général devrait selon nous pouvoir donner des instructions au directeur, qu'il s'agisse de lignes directrices de nature générale ou de directives touchant telle ou telle affaire. Nous préconisons par exemple dans ce document l'établissement et la publication de lignes directrices concernant les éléments à prendre en compte pour décider s'il y a lieu de recommander l'engagement de poursuites ou l'arrêt définitif de procédures pénales. Nous recommandons aussi que le procureur général jouisse du pouvoir de mettre définitivement fin à toute poursuite et de donner au directeur des instructions en ce sens. Toute directive

229. La destitution du directeur obéira donc à des règles semblables à celles qui régissent en ce moment la destitution des juges. Le gouverneur en conseil peut démettre de ses fonctions un juge par suite d'un rapport du Conseil canadien de la magistrature. Lorsqu'il prend une telle mesure, il en informe le Parlement dans les quinze jours, nul vote de la Chambre n'étant toutefois exigé : *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 63 à 68.

devra cependant être établie par écrit, être publiée dans la *Gazette* et être présentée à la Chambre des communes[230].

Dans cette mesure, le directeur sera responsable devant le procureur général, qui lui-même rendra compte au Parlement des directives qu'il donne comme de son abstention d'en donner alors qu'il eût été opportun de le faire[231]. Et grâce à la publication et à la présentation au Parlement des lignes directrices et des directives, le public sera informé des interventions du procureur général dans toute poursuite pénale. On pourra ainsi vérifier que ces interventions ne revêtent pas un caractère intéressé.

S'il nous paraît justifié, au regard du principe de la responsabilité, que toute directive donnée dans une affaire en particulier soit rendue publique, il faut bien reconnaître qu'en certaines circonstances, cela risque de s'avérer inopportun à cause de la nature du dossier. Ainsi, lorsque la sécurité nationale est en jeu ou qu'une enquête est en cours à l'insu d'un suspect, la publication immédiate de quelque directive pourrait aller à l'encontre des intérêts de la justice. C'est pourquoi le procureur général aurait la faculté de retarder la publication s'il le juge opportun au regard des fins de la justice.

Le directeur devrait aussi être habilité à donner des directives particulières à des procureurs de la Couronne. On ne s'attend pas à ce qu'il contrôle toutes et chacune des décisions courantes du ministère public — d'ailleurs, même s'il le voulait, il ne le pourrait sans doute pas. Mais si le procureur général est autorisé à exercer ce pouvoir lorsqu'il le juge opportun, le directeur devrait lui aussi avoir la possibilité d'intervenir dans tout dossier.

Il convient au surplus que le directeur puisse, à l'instar du procureur général, établir des lignes directrices sur diverses questions. Les obligations imposées au directeur et au procureur général à propos de la publication diffèrent cependant sur un point : les directives données par le directeur dans une affaire en particulier n'ont pas à être publiées. Normalement, le directeur n'interviendra pas dans les décisions prises par ses subalternes, mais son intervention n'en demeure pas moins possible, voire même souhaitable à l'occasion. C'est pourquoi notre recommandation n'exige pas que toutes ces directives soient écrites et soient publiées. Bien entendu, toutes celles qui sont transmises au directeur par le procureur général seront quant à elles soumises à cette formalité.

Le directeur, nous semble-t-il, devrait être investi de tous les pouvoirs discrétionnaires conférés au procureur général dans le domaine de la poursuite des infractions, y compris

---

230. Nous avons signalé dans le document de travail n° 15, *op. cit.*, note 111, pp. 58-59, que l'existence de telles lignes directrices régissant l'engagement des poursuites serait intéressante pour le public et forcerait le procureur général à rendre compte de l'application du droit pénal. Nous avions aussi proposé de manière provisoire une liste de domaines dans lesquels il serait opportun de réglementer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires conférés à la Couronne, par exemple les poursuites successives ou multiples, le libellé des chefs d'accusation, le retrait des accusations. Si à l'époque nous préconisions à cet effet l'établissement de règles législatives, nous estimons maintenant qu'il vaudrait mieux que les lignes directrices en question soient élaborées par le procureur général ou par le directeur.

231. Signalons toutefois que cette proposition ne change strictement rien au caractère «a posteriori» de l'obligation de rendre compte.

ceux que ce dernier doit exercer personnellement. Suivant nos propositions, le procureur général pourra par exemple exiger qu'un procès ait lieu devant un jury, choisir le tribunal qui sera saisi de l'affaire, suspendre les procédures et, à certaines conditions, recourir à l'inculpation directe. En plus, son consentement est à l'heure actuelle exigé pour l'engagement de poursuites relativement à certaines infractions — nous recommandons toutefois des modifications à ce chapitre[232]. Or tous ces pouvoirs (y compris le dernier, s'il subsiste) devraient également être attribués au directeur si l'on souhaite qu'il soit en mesure d'administrer correctement le ministère public sans que le procureur général soit tenu d'intervenir à tout propos. Celui-ci doit cependant rester habilité à les exercer lui-même, car en dernière analyse il est responsable des poursuites publiques.

Le budget du directeur des poursuites pénales devrait à notre avis former un élément de celui du procureur général, tout comme à l'heure actuelle le service des poursuites pénales. Comme le procureur général est en fin de compte responsable de ces poursuites, il peut représenter le ministère public lorsque le Cabinet décide de l'affectation des crédits. Nous proposons cependant que la façon d'utiliser les fonds attribués soit décidée au sein du bureau du directeur; d'une part, afin de bien faire ressortir l'indépendance de celui-ci, et d'autre part, parce que cette répartition des responsabilités pour ce qui a trait aux crédits devrait atténuer les risques de conflits budgétaires découlant du fait que plusieurs responsabilités de nature différente sont confiées au procureur général[233].

Dans le même ordre d'idées — et malgré l'absence de recommandation en bonne et due forme de notre part — il nous paraît souhaitable que les locaux du directeur des poursuites pénales soient physiquement séparés des bureaux du procureur général. Ce serait une façon de réduire les possibilités d'interaction entre les fonctions touchant l'élaboration de la politique et celles qui concernent les poursuites pénales, et l'indépendance du ministère public serait moins susceptible d'être mise en doute[234].

B. Le ministère du Solliciteur général

1. Considérations d'ordre général

a) La situation actuelle

À l'origine, le solliciteur général était simplement, comme en Angleterre, l'adjoint du procureur général[235]. Cela explique que la définition du terme «procureur général», dans le

---

232. Voir «Le consentement du procureur général», *infra*, p. 70.

233. Par exemple, lorsque les poursuites pénales et l'aide juridique relèvent du même ministère, qui doit répartir les crédits entre les deux services. Voir sur ce point la section intitulée «La scission des charges de ministre de la Justice et de procureur général», *supra*, p. 37.

234. À cet égard, le *Director of Public Prosecutions* du Commonwealth d'Australie a fait les observations suivantes : [TRADUCTION] «L'indépendance, apparente et véritable, est absolument primordiale. Ainsi, le bureau principal du DPP a été établi dans des locaux physiquement séparés de ceux du ministère du Procureur général, bien que situés à proximité.» (Cité dans EDWARDS, *op. cit.*, note 165, p. 62.)

235. *Acte pourvoyant à la nomination d'un Solliciteur général*, précité, note 24, art. 1. Voir la section intitulée «Historique», *supra*, p. 2.

Code criminel, embrasse le solliciteur général pour les poursuites exercées par les provinces. La charge a cependant été profondément modifiée, de sorte que le titre n'est plus adéquat et que la définition en question n'est pas sans causer des difficultés.

À l'échelon fédéral, le solliciteur général est responsable de la GRC, des prisons et des pénitenciers. Il exerce aussi d'autres fonctions ressortissant à l'administration de la justice pénale. Outre le Secrétariat, son ministère chapeaute quatre organismes : la Gendarmerie royale du Canada, la Commission nationale des libérations conditionnelles, le Service correctionnel du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Chacun relève d'une façon distincte du solliciteur général. Le Comité externe d'examen de la GRC, la Commission des plaintes du public contre la GRC et l'Enquêteur correctionnel rendent également compte au solliciteur général.

Le rôle du Secrétariat consiste à élaborer et à coordonner la politique du ministère. Il est dirigé par le sous-solliciteur général et se compose de trois directions : la Police et la sécurité, la Planification et la gestion, et les Affaires correctionnelles, auxquelles s'ajoute le Groupe des communications. Par ailleurs, l'Inspecteur général du SCRS relève du sous-solliciteur général. Le Secrétariat n'administre pas les autres organismes subordonnés au solliciteur général mais leur fournit certains services[236].

Dans cinq provinces — Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Ontario, Alberta, Colombie-Britannique — la police relève non pas du procureur général, mais du solliciteur général, tandis qu'au Québec elle relève du ministre de la Sécurité publique.

Le grand avantage de cette répartition réside dans la scission administrative des fonctions touchant la police et le ministère public. Mais dans la mesure où, dans le *Code criminel*, la définition du «procureur général» inclut le solliciteur général, les possibilités de conflits d'intérêts demeurent entières.

b) Recommandations

11. Sur le plan de la responsabilité ministérielle, la police devrait continuer de relever d'un autre ministre que le procureur général.

12. Il y aurait lieu de changer le nom du ministère du Solliciteur général, qui deviendrait le ministère de la Police et des Services correctionnels.

13. Il y aurait lieu de supprimer à l'article 2 du *Code criminel* la disposition par laquelle le solliciteur général est assimilé au procureur général, sans la remplacer par une disposition équivalente concernant le ministre de la Police et des Services correctionnels.

---

236. MINISTÈRE DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL, *Rapport annuel 1987-1988*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1989.

14. Le procureur général et le poursuivant public devraient avoir le pouvoir d'ordonner à la police de continuer l'enquête lorsqu'une poursuite a été engagée, afin qu'elle les aide à constituer la preuve du ministère public et qu'elle recherche des éléments tendant à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

Commentaire

À l'échelon fédéral, la police relève à l'heure actuelle du solliciteur général. Il nous paraît effectivement souhaitable que cette responsabilité soit exercée par un autre ministère que celui du procureur général, afin d'éviter les conflits d'intérêts, réels ou apparents, qui risqueraient autrement de se présenter.

De nos jours, le solliciteur général canadien ne joue plus le rôle de conseiller juridique («solicitor») et n'est pas non plus l'adjoint du procureur général. L'utilisation de cette appellation archaïque ne présente à coup sûr aucun intérêt; on peut même y voir une source de confusion. Nous proposons de donner au ministère, comme au poste lui-même, un nouveau nom qui correspondra davantage aux fonctions véritables.

Par ailleurs, il n'y a aucun intérêt à assimiler dans le *Code criminel* le solliciteur général au procureur général. Certains pouvoirs bien précis prévus au *Code criminel* seront attribués au solliciteur général; dans le code de procédure pénale proposé par la Commission, par exemple, certaines étapes prescrites pour l'obtention d'une autorisation en matière d'écoute électronique supposent son intervention en qualité de ministre responsable de la police. À notre avis, cependant, le solliciteur général ne devrait pas être systématiquement habilité à exercer les pouvoirs que le code attribue au procureur général. Sinon, les possibilités de conflit que l'on voulait éliminer en enlevant à ce dernier la responsabilité de la police demeureraient très présentes. Nous estimons donc que toute mention du solliciteur général (peu importe son titre futur) devrait être exclue de la définition de «procureur général».

Il y a quand même un domaine, limité, où il conviendrait de renoncer jusqu'à un certain point à la scission administrative des fonctions touchant la police et le ministère public. Le poursuivant est tenu de veiller à ce que tous les éléments de preuve pertinents soient mis au jour et présentés au juge des faits. Il a aussi l'obligation morale de communiquer tous ces éléments de preuve à la défense, y compris ceux qui tendent à disculper l'accusé. Mais ce n'est pas lui qui est responsable de l'enquête. Pour être en mesure de s'acquitter des obligations liées à sa fonction, le poursuivant doit par conséquent être en droit d'exiger qu'on lui communique tous renseignements utiles; il pourra s'avérer nécessaire à cette fin d'ordonner à la police de faire des recherches supplémentaires. Ce pouvoir demeure très restreint; il ne permettrait pas au poursuivant, par exemple, d'*empêcher* la police d'effectuer une enquête qu'elle juge indiquée.

2. L'exercice des poursuites par la police

a) La situation actuelle

Une difficulté particulière se pose lorsque la surveillance de la police ne relève pas du procureur général. Dans des régions éloignées de certaines provinces, il arrive que des agents de police agissent en qualité de poursuivants, notamment à l'égard des infractions punissables par procédure sommaire. Mais ils doivent pour cela avoir été désignés ou autorisés par le procureur général en conformité avec l'article 785 du *Code criminel*[237]. Ce pouvoir de désignation ne peut être délégué aux officiers supérieurs du corps de police.

La validité constitutionnelle de certaines poursuites exercées par la police a été reconnue dans la province de Terre-Neuve[238] et dans l'ensemble on se plaint rarement de véritables injustices. La pratique n'en demeure pas moins critiquable. Nous avons déjà vu qu'il est souhaitable de dissocier la police et l'engagement des poursuites pénales; la question sera du reste traitée de manière plus approfondie dans la section intitulée «L'accusation — Les procureurs de la Couronne et la police».

b) Recommandation

15. Toutes les poursuites publiques devraient être exercées par un avocat qui relève du procureur général et sous la surveillance de celui-ci.

Commentaire

Le poursuivant public est un avocat; il est passible de mesures disciplinaires en cas de manquement au code de déontologie de sa profession et doit agir de manière conforme à l'équité[239]. Les policiers qui exercent des poursuites pénales ne sont pas soumis à ces contraintes et ils ne sont pas étrangers au processus d'enquête.

Les travaux de la Commission Philips, chargée d'une étude sur la procédure pénale en Angleterre et au pays de Galles, ne lui ont pas permis de conclure que les enquêteurs de la police, qui jusqu'à récemment y exerçaient la plupart des pouvoirs discrétionnaires en matière de poursuites, étaient incapables de faire preuve d'impartialité dans ce domaine. Mais, pour des raisons auxquelles nous souscrivons parfaitement, la Commission n'en a pas moins préconisé une nette répartition des responsabilités ayant trait aux enquêtes et aux poursuites :

> [TRADUCTION]
> Nous estimons qu'il faudrait sans plus tarder établir un service de procureurs de la Couronne chapeautant tous les corps policiers et dont l'organisation répondrait aux objectifs suivants : confier à des personnes qui ne sont pas associées aux enquêtes policières et qui sont

---

237. *Re Regina and Hart* (1986), 26 C.C.C. (3d) 438 (C.A. T.-N.).

238. *Ibid.*; voir aussi *R.* c. *White* (1988), 41 C.C.C. (3d) 236 (C.A. T.-N.).

239. Voir *Boucher* c. *La Reine*, précité, note 107.

compétentes en droit la décision d'intenter des poursuites et la responsabilité de les exercer (souci d'équité); mettre de l'ordre dans l'actuelle diversité des mesures prises sur le plan de l'organisation et sur le plan administratif (souci d'efficacité); accroître la responsabilité du service des poursuites sur le plan local tout en le soumettant à certaines règles d'application nationale (souci d'équité et de transparence); mettre en œuvre les changements en causant le moins de perturbations possible et au coût le plus bas possible[240].

Aux États-Unis, on favorise encore davantage l'engagement des poursuites par le ministère public, et les poursuites privées sont loin d'être encouragées. Citons ce commentaire figurant dans les *Standards for Criminal Justice* de l'*American Bar Association* :

[TRADUCTION]
La participation d'un fonctionnaire public responsable à la décision d'engager des poursuites et à leur exercice constitue une meilleure garantie en ce qui a trait au respect des droits de l'accusé. Presque toutes les poursuites relatives à des accusations graves sont maintenant intentées par des poursuivants professionnels dans ce pays. Leur absence peut donner lieu à des abus, à des pratiques administratives douteuses ou non autorisées, et à des décisions qui heurtent nos traditions de justice[241].

À notre avis, toutes les poursuites criminelles engagées par l'État devraient être confiées à des poursuivants professionnels. Dans bien des pays, on transporte les poursuivants, les juges et les avocats de la défense dans les régions éloignées; il y a lieu d'encourager la mise sur pied de tels programmes.

Dans certaines régions, le fait d'éliminer les «policiers poursuivants» pourra susciter quelques difficultés et entraîner certains coûts, mais il n'y a là rien d'insurmontable. Le temps est venu, estimons-nous, de confier à des avocats qui rendent compte au procureur général l'exercice de toutes les poursuites publiques engagées en vertu du *Code criminel*.

III. Les pouvoirs du procureur général

A. Introduction

Nous abordons maintenant la question des pouvoirs spécifiquement conférés au procureur général et aux procureurs de la Couronne. Pour l'instant, nous nous contenterons d'en dresser la liste; chacun fera ensuite l'objet d'une analyse plus approfondie.

---

240. ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, *Report*, Londres, HMSO, 1981 (Cmnd. 8092), pp. 144-145 (Commission Philips).

241. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Standards for Criminal Justice*, 2e édition, Boston, Little, Brown and Company, 1980, p. 3.12. Il y a cependant d'importantes différences entre le système des poursuites au Canada et celui des États-Unis. Le haut responsable, aux États-Unis, est le *District Attorney*, qui est élu. Le *District Attorney*, ainsi que ses représentants, sont fréquemment consultés par la police dès les premiers stades des enquêtes importantes et y prennent une part active. Par ailleurs, le *District Attorney* est responsable devant ses électeurs, et non devant un supérieur hiérarchique élu, comme le procureur général.

Les pouvoirs attribués au poursuivant par le *Code criminel* appartiennent au procureur général fédéral ou provincial (ou aux avocats qui le représentent), lorsqu'il dirige une poursuite, en vertu des définitions du mot «poursuivant» qui figurent aux articles 2 et 785[242]. La définition du terme «procureur général» donnée à l'article 2 embrasse, à l'égard des poursuites visées par le Code, le substitut légitime ainsi que le solliciteur général. En ce qui a trait aux autres poursuites fédérales ou à celles qui sont intentées dans les Territoires du Nord-Ouest ou dans le territoire du Yukon, le législateur précise, toujours à l'article 2, que le terme «procureur général» signifie «le procureur général du Canada et son substitut légitime».

La plupart des poursuites pénales sont ainsi exercées par les procureurs généraux provinciaux, ce qui donne lieu à des différences d'une province à l'autre dans l'application de la loi — et cela, même si leurs pouvoirs ont tous leur origine dans le *Code criminel* fédéral et malgré l'héritage de la common law dont les racines se trouvent dans le système établi en Grande-Bretagne. Ce n'est pas le lieu ici de passer en revue ces différences, mais il faut tout de même se rappeler qu'elles existent. Chose certaine, des pratiques qui sont tout à fait logiques dans les grands centres peuvent s'avérer carrément inopportunes dans bien des petites agglomérations[243].

---

242. On trouve une étude intéressante sur les fonctions et pouvoirs du procureur général et du procureur de la Couronne dans *Le Rapport du Comité d'étude sur la rémunération des substituts du Procureur général du Québec*, [Québec], ministère de la Justice, 1985 (président : Alfred Rouleau).

243. Dans quelle mesure la compétence reconnue au Parlement fédéral, par le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en matière de droit criminel lui donne-t-il droit de regard sur l'exercice des pouvoirs conférés aux procureurs généraux des provinces ? La question est cruciale. Le Parlement, cela semble assez clair, peut attribuer divers droits et obligations aux procureurs généraux et aux poursuivants publics provinciaux s'ils exercent des poursuites relatives à des infractions fédérales, y compris celles qui sont prévues au *Code criminel* : voir *Procureur général du Canada* c. *Transports Nationaux du Canada Ltée*; *Procureur général du Canada* c. *Compagnie de Transport canadien Pacific*, [1983] 2 R.C.S. 206. De telles dispositions législatives relèvent de la procédure criminelle ou y sont nécessairement accessoires.

Une question plus épineuse se pose toutefois : Le Parlement peut-il dégager le procureur général provincial de ses responsabilités en matière de poursuites pénales, soit en les confiant à un ministre fédéral (le procureur général, par exemple), soit en donnant à celui-ci le pouvoir d'intervenir dans toute poursuite ? Les modifications apportées en 1969 à la définition du terme «procureur général» au *Code criminel* ont eu pour effet de répartir la responsabilité en matière de poursuites entre les procureurs généraux fédéral et provinciaux selon la distinction entre les infractions prévues au *Code criminel* et les autres, respectivement. Jusqu'alors, il semble que ce soit en raison d'une tolérance du procureur général fédéral que les infractions non prévues au Code aient pu être poursuivies par les poursuivants provinciaux, alors que les poursuites étaient «instituées sur l'instance du gouvernement du Canada». Cette disposition a été attaquée à plusieurs reprises; on prétendait que le pouvoir discrétionnaire du poursuivant, même dans le cas de textes fédéraux, relevait de la compétence provinciale et que le Parlement ne pouvait attribuer à cet égard des pouvoirs prépondérants aux fonctionnaires fédéraux : voir *R.* c. *Hauser*, précité, note 71; *R.* c. *Pontbriand*, [1978] C.S. 134; *R.* c. *Hoffmann-La Roche Ltd.* (1980), 53 C.C.C. (2d) 1 (H.C. Ont.), confirmé par (1981), 62 C.C.C. (2d) 118.

La situation est encore plus complexe lorsque l'infraction fédérale, bien que ne figurant pas au *Code criminel*, est pourtant une véritable infraction «criminelle» ou que son établissement repose nécessairement sur la compétence fédérale en matière criminelle. Si le Parlement peut donner au procureur général fédéral des pouvoirs prépondérants à cet égard, rien ne s'opposerait sur le plan constitutionnel à ce qu'il le fasse pour les infractions prévues au *Code criminel*. Parfois, en effet, le fait qu'une infraction figure au Code plutôt que dans un autre texte législatif dépend simplement de considérations d'ordre pratique et non de principes constitutionnels. Malheureusement, les décisions rendues par la Cour suprême du Canada sur cette question

Le procureur général fédéral n'en joue pas moins un rôle important : il s'occupe des poursuites engagées sous le régime de divers textes, notamment la *Loi sur les stupéfiants*[244], la *Loi sur les aliments et drogues*[245] et la *Loi de l'impôt sur le revenu*[246].

À l'échelon fédéral comme à l'échelon provincial, le procureur général a le droit d'intervenir dans toute poursuite pénale, y compris les poursuites privées, et peut décider de l'exercer lui-même[247]. Certains textes d'incrimination subordonnent l'engagement de poursuites à l'obtention de son consentement, mais aucun principe clair ne semble avoir présidé à la détermination par le législateur des infractions répondant à ce critère[248].

Le principal outil dont dispose le procureur général pour exercer une certaine direction sur les poursuites privées consiste dans son pouvoir de suspendre les procédures. Le procureur général ou le procureur mandaté par lui à cette fin peut intervenir «à tout moment après le début des procédures[249]». En ce cas, celles-ci peuvent être reprises dans l'année qui suit sans qu'il soit nécessaire de porter de nouvelles accusations.

---

n'ont pas supprimé toute incertitude sur cette question. Une chose paraît en tout cas certaine : les provinces n'ont pas de compétence exclusive en ce qui concerne la poursuite des infractions fédérales, y compris celles qui sont définies au *Code criminel* : voir *Procureur général du Canada* c. *Transports Nationaux du Canada Ltée; Procureur général du Canada* c. *Compagnie de Transport canadien Pacific*, précité. Il découle logiquement de la théorie de la primauté que rien n'empêcherait le Parlement de conférer au procureur général fédéral la responsabilité principale de ces poursuites.

Cela ne serait toutefois pas nécessairement une bonne chose. Sans recommander une quelconque diminution de la participation fédérale aux poursuites, nous adhérons à l'énoncé de principe du juge Dickson, dissident, exprimé dans l'arrêt *R.* c. *Hauser*, précité, note 71, suivant lequel un accroissement du rôle des autorités fédérales au détriment de celui des provinces ne serait pas souhaitable :

> Il semble que les Pères de la Confédération ont jugé préférable de laisser au niveau local les innombrables décisions qu'exige l'administration de la justice criminelle. À l'époque de la Confédération et jusqu'en 1969, ces décisions étaient prises au niveau local par les procureurs généraux provinciaux et leurs représentants dans l'exercice de leurs importantes responsabilités constitutionnelles. Il existe, à mon sens, entre les trois aspects de la mise en application de la loi (les investigations, le maintien de l'ordre et les poursuites), une unité et une cohésion qui seraient ébranlées si le pouvoir d'investigation était exercé par un ordre de gouvernement et celui d'intenter des poursuites par un autre (p. 1032).

244. L.R.C. (1985), ch. N-1.

245. L.R.C. (1985), ch. F-27.

246. S.C. 1970-71-72, ch. 63.

247. *Re Dowson and The Queen*, précité, note 71; *R.* c. *Hauser*, précité, note 71, pp. 1011-1012, le juge Dickson (dissident sur d'autres motifs).

248. Voir à la note 79, *supra*, la liste partielle des infractions à l'égard desquelles le consentement est exigé.

249. *Code criminel*, art. 579, modifié par S.C. 1985, ch. 19, art. 117.

Le procureur général ou son substitut peut aussi, selon la common law, retirer l'accusation[250]. Il semble à l'heure actuelle que ce pouvoir puisse être exercé d'office avant le plaidoyer[251] et, par la suite, avec le consentement du juge qui préside le procès[252].

La loi autorise par ailleurs le procureur général, en matière d'actes criminels, à contourner la procédure normale de l'enquête préliminaire et à présenter directement un acte d'accusation (inculpation directe)[253]. Il peut se prévaloir de cette prérogative même lorsque l'accusé est libéré à l'issue de l'enquête préliminaire; dans cette éventualité, la présentation d'une nouvelle dénonciation est également possible[254]. De plus, l'article 568 lui permet d'exiger que l'accusé subisse son procès devant un tribunal constitué d'un juge et d'un jury, même s'il a choisi d'être jugé par un juge seul ou un juge de la cour provinciale[255].

Le procureur général ou le poursuivant public dispose en outre d'une gamme considérable de pouvoirs lorsqu'il exerce une poursuite pénale. Comme la Commission l'a expliqué dans son document de travail intitulé *La classification des infractions*[256], il existe quelque soixante-cinq infractions (parfois désignées «infractions mixtes» ou «infractions à option de procédure») susceptibles d'être poursuivies soit par la procédure sommaire, soit par acte d'accusation, au gré du procureur général ou de son substitut[257]. Le consentement du poursuivant est exigé à certaines phases de la procédure, par exemple lorsqu'il s'agit de renoncer à recueillir des preuves à l'enquête préliminaire[258], d'ajourner les procédures en cour provinciale à plus de huit jours[259] et d'exercer un choix ou un nouveau choix quant au mode de procès[260]. Le poursuivant peut présenter un acte d'accusation imputant une infraction dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire,

---

250. On trouvera dans S. COHEN, *Due Process of Law*, Toronto, Carswell, 1977, pp. 150-166, des précisions sur la distinction entre l'arrêt des procédures et le retrait des accusations. Voir également *R.* c. *Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A. N.-B.). Signalons toutefois que d'après le jugement *R.* c. *Dick*, [1969] 1 C.C.C. 147, p. 156 (H.C. Ont.), ce droit de retrait existe [TRADUCTION] «à moins de circonstances spéciales».

251. La jurisprudence relative à ce droit de la Couronne est commentée dans U. GAUTIER, «The Power of the Crown to Reinstitute Proceedings after the Withdrawal or Dismissal of Charges» (1979-1980), 22 *C.L.Q.* 463 et dans J.-C. HÉBERT, «Le retrait d'une inculpation» (1984), 39 C.R. (3d) 180.

252. *Re Blasko and The Queen* (1975), 29 C.C.C. (2d) 321 (H.C. Ont.).

253. *Code criminel*, art. 577.

254. *Ibid.*

255. On a récemment contesté la conformité de cet article aux dispositions de la Charte, mais sans succès : *Re Hanneson and The Queen* (1987), 31 C.C.C. (3d) 560 (H.C. Ont.).

256. CRD, *La classification des infractions*, Document de travail n° 54, Ottawa, La Commission, 1986, p. 33.

257. *Smythe* c. *La Reine*, précité, note 141; *Regina* c. *Century 21 Ramos Realty Inc.* (1987), 32 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.). La Commission a recommandé l'abolition des infractions à option de procédure (celles à l'égard desquelles la Couronne peut choisir entre la mise en accusation et la procédure sommaire) : voir *La classification des infractions*, *op. cit.*, note 256, recommandation 10, p. 36.

258. *Code criminel*, art. 549.

259. *Id.*, art. 537.

260. *Id.*, art. 561.

même si l'intéressé n'a pas été renvoyé pour subir son procès relativement à cette nouvelle accusation[261].

Par ailleurs, le procureur général ou son substitut peut choisir la juridiction devant laquelle aura lieu le procès si l'accusé, ayant exprimé la volonté d'être jugé par une juridiction autre que la cour provinciale, ne doit pas obligatoirement subir son procès devant la «cour supérieure de juridiction criminelle[262]». Le consentement du procureur général ou de son substitut est requis pour que des accusations soient transférées dans une autre province que celle où devrait normalement comparaître le prévenu[263]. Et tout comme le prévenu, le poursuivant peut demander le renvoi de l'affaire devant le tribunal d'une autre circonscription territoriale[264].

Le poursuivant peut présenter des observations au juge et au juge des faits, exercer certains droits relatifs à la sélection des jurés (différents dans certains cas de ceux conférés à l'accusé)[265], faire valoir son point de vue quant à la détermination de la peine, participer à des réunions avec le juge ou à des discussions préalables au procès[266].

Aux pouvoirs touchant l'arrêt des procédures et le retrait des accusations se rattachent des prérogatives importantes sur le plan de la sélection des accusés et des chefs d'accusation. En effet, le procureur général et les procureurs de la Couronne peuvent offrir à des témoins une immunité de poursuite totale ou partielle contre leur coopération[267]. Ils peuvent aussi recommander au tribunal de faire preuve de clémence envers eux[268].

Exception faite du mécanisme de l'enquête préliminaire applicable à l'égard de certains actes criminels (soit lorsque le procès ne doit pas être instruit devant la cour provinciale), le *Code criminel* comporte peu de règles sur la question de la communication de la preuve. Le poursuivant jouit donc d'une très grande latitude à ce chapitre[269]. Il est également maître de la présentation des faits à l'appui de l'accusation; ainsi, il a la liberté (jusqu'à un certain point) de ne pas citer tous les témoins[270]. Les avocats du ministère public peuvent défendre

---

261. *Id.*, art. 574.

262. *Regina* c. *Beatteay* (1979), 50 C.C.C. (2d) 400 (H.C. Ont.).

263. *Code criminel*, art. 478 et 479.

264. *Id.*, art. 599.

265. *Id.*, art. 634. La Commission a recommandé dans *Le jury*, Rapport n° 16, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1982, que la Couronne et l'accusé jouissent des mêmes droits en matière de récusation de jurés : voir les dispositions proposées (articles 5 à 8, pp. 40-48).

266. *Code criminel*, art. 625.1.

267. *Palmer* c. *La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

268. *R.* c. *Kirby* (1981), 61 C.C.C. (2d) 544 (Cour de comté Ont.).

269. *R.* c. *Lalonde* (1971), 5 C.C.C. (2d) 168 (H.C. Ont.). Ce pouvoir n'est toutefois pas illimité et les tribunaux pourront intervenir soit en vertu de leur pouvoir de common law, soit parce qu'ils ont le devoir de protéger le droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable. Voir par exemple *R.* c. *Savion and Mizrahi*, précité, note 109, et *Re Regina and Arviv*, précité, note 105.

270. *Lemay* c. *Le Roi*, [1952] 1 R.C.S. 232.

n'importe quelle thèse — voire plaider l'aliénation mentale sans le consentement de l'accusé[271].

B. Le consentement du procureur général

1. La situation actuelle

Certains crimes ne peuvent être poursuivis sans le consentement personnel du procureur général fédéral ou provincial, selon le cas. Les tribunaux n'ont aucun droit de regard sur les décisions prises en cette matière[272]. Il n'est pas facile de trouver un dénominateur commun aux infractions visées par cette exigence, parmi lesquelles on compte les suivantes : corruption de fonctionnaires judiciaires, nudité dans un endroit public, utilisation d'un bateau innavigable, fait de cacher frauduleusement des titres.

Le refus du consentement se fait en privé et n'a pas à être motivé. Il peut arriver, exceptionnellement, qu'une personne tenace réussisse à attirer l'attention des médias ou des députés, mais la plupart du temps, le public n'est informé ni des demandes d'autorisation de poursuivre ni des refus.

Dans le cas de ces infractions, le procureur général peut donc empêcher toute poursuite sans avoir à intervenir pour ordonner l'arrêt des procédures. Et comme la décision ne revêt aucun caractère public, l'obligation de rendre compte se trouve atténuée.

Certaines des personnes consultées ont défendu l'idée que l'exigence du consentement du procureur général est opportune à l'égard d'un nombre limité d'infractions comportant un élément d'extranéité ou mettant en jeu les rapports entre États. On a cité l'exemple des infractions relatives aux crimes de guerre ou à la *Loi sur les secrets officiels*.

2. Recommandations

16. Le consentement personnel du procureur général ne devrait être exigé pour la poursuite d'aucun crime.

17. Le procureur général et le poursuivant public devraient conserver le pouvoir de prendre en main toute poursuite privée.

Commentaire

Dans le document de travail intitulé *Les poursuites privées*[273], la Commission a exprimé son point de vue sur le problème du consentement :

---

271. Voir par exemple *R.* c. *Swain* (1986), 53 O.R. (2d) 609 (C.A.). La Cour suprême a toutefois autorisé l'appel dans cette affaire, pour étudier semble-t-il le pouvoir de la Couronne de soulever le moyen de défense de l'aliénation mentale, de même que d'autres questions touchant l'article 614 du *Code criminel*.

272. *Re Warren and The Queen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 65 (H.C. Ont.).

273. *Op. cit.*, note 70.

D'autre part, la nécessité d'obtenir le consentement du procureur général avant l'engagement des poursuites nous paraît difficilement acceptable, étant donné que ce dernier a dans tous les cas le pouvoir d'intervenir *après* que les accusations ont été portées pour ordonner l'arrêt des procédures, et d'autant plus que ce pouvoir peut être exercé peu importe qu'il s'agisse d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité[274].

Nous recommandons que le procureur général ou le poursuivant public conserve le pouvoir de prendre en main toute poursuite engagée par un poursuivant privé. Il s'agit là d'un élément important de la responsabilité incombant au procureur général en matière de poursuites pénales. Nous avons toutefois jugé inutile d'exiger que ce dernier autorise personnellement la prise en charge par un poursuivant public de poursuites à l'origine privées. En effet, le droit actuel n'énonce aucune obligation de ce genre, sans que cela paraisse poser la moindre difficulté.

Nous recommandons plus loin que soit laissé au procureur général le pouvoir de mettre fin à toute poursuite. Comme il sera par conséquent possible de prendre en main une poursuite privée puis de mettre un terme aux procédures, nous ne jugeons pas nécessaire d'exiger le consentement préalable.

L'argument le plus convaincant que l'on puisse invoquer pour rendre obligatoire le consentement du procureur général à l'égard de certaines poursuites pénales consiste à dire que la simple dénonciation initiale peut être une menace pour les droits et libertés fondamentaux et équivaloir à un abus de procédure. On fera valoir aussi que certains textes d'incrimination permettent des poursuites dans des cas tout à fait anodins ou ne sont pas loin de porter atteinte à des droits garantis.

Nous ne voyons pas les choses de cette façon. Si des dispositions du *Code criminel* font problème, il faut, non pas exiger le consentement du procureur général à l'égard des poursuites, mais bien modifier la loi. En outre, le fait qu'une accusation menace certains droits ne nous semble pas suffisant pour justifier le maintien du consentement obligatoire.

Les principes de la transparence et de la responsabilité revêtent la plus haute importance; or, ils supposent que si les autorités veulent empêcher une poursuite, elles le fassent d'une manière publique.

Nous avons décidé de ne pas exiger le consentement même dans les affaires qui présentent un élément d'extranéité ou ont une incidence sur les relations entre États. Certes, elles peuvent présenter des aspects particuliers qui influent sur la question de savoir si l'intérêt public justifie l'exercice des poursuites. Mais il nous semble préférable dans ce cas que le procureur général se prévale de son pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures.

---

274. *Id.*, p. 34. Il faut toutefois signaler que dans ce document comme dans le présent texte, la Commission s'écarte du point de vue exprimé dans *Procédure pénale — les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*, *op. cit.*, note 111, où elle préconisait le consentement obligatoire du procureur général dans certains cas, sans plus de précisions.

C. L'accusation

1. Les procureurs de la Couronne et la police

a) La situation actuelle

La question des rapports entre les procureurs de la Couronne et la police présente un intérêt tout particulier dans le cadre de l'engagement des poursuites. Les premiers s'occupent du déroulement des procès une fois que des accusations ont été portées, mais n'ont aucune responsabilité en ce qui a trait au déclenchement du processus pénal, qui relève principalement des autorités policières.

Le pouvoir de faire une dénonciation est établi à l'article 504 du *Code criminel*, aux termes duquel «*quiconque* croit, pour des motifs raisonnables, qu'une personne a commis un acte criminel» peut faire une dénonciation devant un juge de paix (les italiques sont de nous). En d'autres termes, la police n'a pas plus de pouvoirs à ce chapitre que le commun des mortels.

Dans la plupart des provinces, les procureurs de la Couronne, quoique tenus de prendre en charge les poursuites intentées au nom de l'État, n'ont aucun mot à dire, avant le dépôt de la dénonciation quant à l'opportunité de celle-ci ni quant à sa forme. Le Nouveau-Brunswick, le Québec et la Colombie-Britannique font exception : aucune accusation ne peut y être portée sans l'approbation d'un procureur de la Couronne.

En vertu des dispositions du *Code criminel*, quiconque a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte criminel peut faire une dénonciation sous serment devant un juge de paix (art. 504). Celui-ci doit recevoir cette dénonciation, mais il décide, à l'issue d'une audience pouvant être tenue *ex parte*, s'il y a lieu de décerner une sommation ou un mandat d'arrestation (art. 507). S'il refuse de le faire, la dénonciation reste en sommeil, à moins qu'un autre juge de paix n'intervienne[275].

Lorsque les accusations sont portées par la police, toute cette procédure s'apparente à une simple formalité. Souvent le «dénonciateur», qui n'est pas directement au courant des faits, signe le document en se fondant sur un rapport établi par des collègues. On a pu décrire ainsi le processus dans une affaire récente :

> [TRADUCTION]
> La Cour a conclu que pendant les deux dernières années et demie, les fonctions du dénonciateur en sa qualité d'agent de police consistaient notamment à faire des dénonciations sous serment; toutefois, il n'a pu se rappeler avoir reçu l'instruction de lire la dénonciation dans son intégralité. Interrogé par [le juge de première instance] qui voulait savoir s'il avait «des motifs raisonnables et probables de croire et s'il croyait que [l'accusé]» avait commis l'infraction reprochée, il a déclaré : «[. . .] Je suis incapable de répondre. Comme je ne lis jamais les documents je ne puis savoir ce qu'ils contiennent[276].»

---

275. *R.* c. *Allen* (1974), 20 C.C.C. (2d) 447 (C.A. Ont.).

276. *Re Kamperman and The Queen* (1981), 63 C.C.C. (2d) 531, p. 533 (C.S. N.-É., 1re inst.).

Le policier a précisé qu'il avait agi de cette manière à maintes occasions. Jugeant la pratique inacceptable, le tribunal a annulé la dénonciation.

C'est au juge de paix qu'il revient de déterminer si, sur la foi de la dénonciation, il y a lieu de décerner un acte judiciaire visant à assurer la comparution du prévenu. Or, ce n'est habituellement pas un avocat; on ne saurait donc en toute logique attendre de lui qu'il vérifie si le document n'est pas défectueux sur le plan de la forme ou du fond. Qui plus est, les dénonciations faites par des agents de police étant pour lui chose courante, il risque d'être naturellement enclin à accéder à leurs demandes.

C'est ainsi que, la routine s'installant, les procédures prévues au *Code criminel* tendent à passer pour de simples formalités, tant pour les policiers que pour les juges de paix. Du même coup, les garanties que le législateur avait voulu établir en faveur de la liberté individuelle se trouvent dans une large mesure supprimées; sans compter le gaspillage des ressources judiciaires consécutif à l'engagement de poursuites parfois très mal étayées.

Le système adopté au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique (où nulle accusation ne peut être portée sans l'approbation d'un procureur de la Couronne) présente un indéniable intérêt sous ce rapport. Les personnes que nous avons consultées dans ces provinces font valoir que la décision de porter une accusation criminelle doit être dissociée de l'enquête. Elle consiste à déterminer si l'on dispose de preuves suffisantes pour justifier une condamnation. Or il est souhaitable que cette décision soit prise par le spécialiste en la matière, à savoir le procureur de la Couronne. Il peut en effet arriver que la poursuite soit vouée à l'échec même s'il existe des motifs raisonnables de porter une accusation. Les poursuites injustifiées coûtent cher à l'État et en même temps portent atteinte à la liberté des suspects; chacun a donc intérêt à ce qu'elles soient évitées. La solution appliquée dans ces provinces permet aussi de déceler très tôt d'éventuels vices de forme dans les inculpations. Si cet examen a lieu dès l'étape de la dénonciation, tout le monde — y compris le tribunal — pourra gagner du temps, car on s'épargnera divers écueils : objections, modification des chefs d'accusation, nouvelle inculpation.

Par contre, le fait de conférer à la police toute latitude pour porter des accusations permet de préserver plus rigoureusement l'indépendance des divers acteurs du système judiciaire. Il importe de maintenir la séparation entre les enquêtes criminelles et les poursuites; du reste, on a eu récemment tendance, au Canada, à retirer aux procureurs généraux la responsabilité de la police. La nécessité de cette indépendance se fait particulièrement sentir dans les affaires où des actes criminels sont imputés à des policiers. Sans une nette démarcation des pouvoirs conférés en matière d'enquêtes et de poursuites, les possibilités de conflits d'intérêts seraient très sérieuses[277].

Le rôle attribué au poursuivant confirme ce que nous venons de dire. En effet, son souci principal ne doit pas être d'obtenir une condamnation : la Couronne est tenue de présenter

277. Voir par exemple *Re Johnson and Inglis* (1980), 52 C.C.C. (2d) 385 (H.C. Ont.); dans cette affaire, une plaignante avait cherché à obtenir l'inculpation directe de plusieurs agents de police qui avaient abattu son mari (le tribunal a finalement conclu à l'absence de conflit d'intérêts).

au tribunal tous les éléments de preuve, d'une manière équitable[278]. Rappelons les observations faites à ce propos dans le document de travail n° 15 de la Commission, intitulé *Procédure pénale — les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire* :

> Bien qu'il [le poursuivant] évolue dans le cadre d'un système accusatoire, ses fonctions présentent une caractéristique bien particulière. *Il n'est pas d'abord et avant tout le bras de la police*, et il ne cherche pas à obtenir une condamnation à tout prix en utilisant toutes les ressources que lui offrent les règles qui régissent le système pénal[279].

On a pu opposer cette fonction à celle des policiers qui agissent en qualité de poursuivants. Ainsi, dans l'affaire *R.* c. *Edmunds*, le juge Gushue, dissident, a déclaré :

> [TRADUCTION]
> Le rôle du procureur de la Couronne n'est pas d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais d'aider le tribunal à mettre au jour la vérité. Il a le devoir de protéger les droits de l'accusé comme ceux de la société. L'agent de police — et il ne s'agit aucunement d'une critique — n'est pas formé dans cette optique. Il a pour objectif de faire déclarer l'accusé coupable[280].

Si l'on a l'impression que la Couronne a des liens trop étroits avec la police, on risque de conclure qu'elle ne remplit pas correctement sa mission.

Le rôle de la police milite également en faveur de l'indépendance des deux volets. Cette indépendance constitue un rempart efficace contre les risques de pressions inacceptables, notamment lorsque des employés du procureur général ou des membres du gouvernement sont en cause. En Nouvelle-Écosse, par exemple, l'enquête sur l'affaire Donald Marshall a révélé l'existence d'une certaine confusion entre les deux fonctions, qui a pu influer sur les décisions prises par les autorités[281].

---

278. *Boucher* c. *La Reine*, précité, note 107.

279. *Op. cit.*, note 111, p. 28 (*les italiques sont de nous*).

280. (1978) 45 C.C.C. (2d) 104, p. 116 (C.A. T.-N.). La majorité des juges avaient conclu (le juge Gushue étant dissident) que la pratique consistant à permettre à la police d'engager des poursuites relatives à des actes criminels n'était pas illégale, ajoutant en *obiter* qu'elle n'en demeurait pas moins inopportune. La Cour suprême a cassé cette décision, estimant que les agents de police n'étaient pas visés par la définition du terme «poursuivant» figurant dans le Code, même dans le cas des actes criminels jugés par un magistrat — voir *Edmunds* c. *La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 233.

281. COMMISSION ROYALE SUR LA POURSUITE CRIMINELLE CONTRE DONALD MARSHALL JR., *Commissioners' Report*, vol. 1, Halifax, La Commission royale, 1989, p. 232. Dans son rapport la Commission signale que [TRADUCTION] «dans notre système, la fonction policière, c'est-à-dire les enquêtes et l'application de la loi, est distincte de la poursuite des infractions devant les tribunaux. Le maintien d'une ligne de démarcation très nette entre ces deux fonctions nous paraît essentiel à l'administration de la justice.» Elle ajoute ce qui suit à la p. 234 :

> [TRADUCTION]
> En Nouvelle-Écosse, le caractère absolu du pouvoir de la police de déposer des accusations est une question très controversée. Dans l'affaire Thornhill (membre du Cabinet provincial), par exemple, le procureur général adjoint, Gordon Coles, était fermement persuadé que, agissant pour le compte du procureur général, il était en droit de donner à la GRC l'instruction de ne pas porter d'accusations. Bien que non convaincue du bien-fondé de cette position, la GRC a suivi la directive en question, conformément aux souhaits exprimés par le procureur général.

Les accusations portées en Ontario contre le docteur Henry Morgentaler montrent de quelle façon le système devrait fonctionner. Ian Scott, procureur général de l'Ontario, a expliqué que, la décision de la Cour suprême relativement à une poursuite antérieure n'ayant pas encore été rendue,

> [TRADUCTION]
> [L]a police de Toronto a porté contre le docteur Morgentaler et ses associés de nouvelles accusations fondées sur la même infraction. Sans nul doute elle avait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction au *Code criminel* avait été commise. Mais, comme on l'a souligné, ce n'est pas le seul critère pour décider s'il y a lieu de traduire une personne devant les tribunaux. La Haute Cour de l'Ontario a décidé de n'instruire aucun procès relativement aux accusés tant que la Cour suprême n'aurait pas statué sur l'appel interjeté. Étant donné que les faits reprochés — et selon toute vraisemblance le moyen de défense invoqué — seraient virtuellement identiques à ce qu'ils étaient dans l'affaire pour laquelle les accusés avaient été jugés et acquittés, il était à mon avis opportun au regard de la justice de mettre sous le boisseau toute accusation criminelle jusqu'à ce que la plus haute juridiction se soit prononcée sur la légalité des faits en cause. Pour ces raisons, on a immédiatement suspendu les accusations.
>
> Cet exemple montre clairement la différence des rôles assignés au procureur général et à la police. Avant de déposer les accusations, la police a consulté le procureur général et ses représentants, qui lui ont dit que toute accusation serait dans les circonstances suspendue. La police a malgré tout jugé qu'il était de son devoir et de sa responsabilité de déposer les accusations qu'elle avait des motifs raisonnables de tenir pour justifiées. Le procureur général, tout en reconnaissant que de par sa mission la police devait agir ainsi, a fait ce qu'exigeait d'après lui l'intérêt de la justice. Des observateurs ont pu en conclure à une certaine incohérence de la part des autorités. À mon avis, le principe de la séparation des fonctions n'en conserve pas moins toute son importance[282].

Pour ce qui a trait à l'inculpation, le meilleur système est donc celui qui, en même temps, préserve l'indépendance des divers acteurs au sein du système de justice pénale et garantit dans la mesure du possible que seules des accusations sérieuses seront portées.

b) Recommandations

18. Les agents de police devraient continuer d'avoir le droit absolu et le devoir de déterminer la forme et le fond des accusations devant être portées dans toute affaire, selon leur jugement, la Couronne ayant toutefois la prérogative de mettre fin aux procédures.

19. Avant de porter une accusation devant le juge de paix, l'agent de police devrait être tenu d'obtenir l'avis du poursuivant public quant à la validité du document d'inculpation sur les plans de la forme et du fond, et quant à l'opportunité de l'inculpation. Cette fonction du poursuivant public devrait être ajoutée aux textes législatifs qui décrivent ses attributions si elle n'y figure pas déjà.

---

282. *Loc. cit.*, note 159, pp. 117-118.

20. Lorsqu'il demande ainsi l'avis du poursuivant public, l'agent de police devrait être tenu de le mettre au courant de tous les éléments de preuve à l'appui de l'accusation et de toutes les circonstances de l'infraction. Le cas échéant, le poursuivant l'avisera que la preuve n'est pas suffisante pour donner lieu à une déclaration de culpabilité relative au chef d'accusation, ou encore que, dans les circonstances, il y aurait lieu de modifier l'accusation ou de renoncer à toute inculpation.

21. Même lorsqu'il s'avère matériellement impossible de soumettre le document d'inculpation au poursuivant public ou que ce dernier déconseille l'inculpation, l'agent de la paix devrait pouvoir porter l'accusation devant un juge de paix. Il expliquera alors à celui-ci pourquoi il était matériellement impossible de demander l'avis du poursuivant public ou, le cas échéant, il l'informera du fait que ce dernier a déconseillé l'inculpation.

Commentaire

La police est, en vertu de la loi, soumise à l'autorité d'un membre du pouvoir exécutif. À notre sens, cette autorité ne devrait cependant se manifester qu'au niveau des directives de nature générale : sur le terrain, l'indépendance de la police devrait être respectée. Dans cette perspective, la surveillance par le solliciteur général ou l'un de ses collègues devrait être analogue à celle qu'exerce actuellement le procureur général sur le ministère public.

Il y a donc lieu selon nous, pour préserver son indépendance, d'accorder à la police le droit absolu de présenter des documents d'inculpation au juge de paix. La séparation des pouvoirs est à ce point importante qu'elle l'emporte nettement sur les avantages que pourrait présenter la subordination des autorités policières au ministère public à cet égard.

Notre proposition n'oblige donc la police qu'à demander au poursuivant son *avis* sur le document d'inculpation avant d'en saisir le juge de paix. Cette consultation ne nous paraît nullement incompatible avec l'autonomie policière : les agents de la paix conserveront le droit de porter des accusations sans l'assentiment du procureur de la Couronne[283].

En revanche, l'obligation de consulter le ministère public présente en gros les mêmes avantages que si l'on exigeait l'approbation de la Couronne. Cette procédure diminue le risque de vices de formes dans les documents d'inculpation. Elle permet aussi au poursuivant de dire à l'avance aux policiers si les éléments de preuve sont susceptibles de permettre une déclaration de culpabilité sur les chefs d'accusation et, s'il y a lieu, d'exprimer des doutes sur l'opportunité d'une inculpation, quelle qu'elle soit. Les policiers ne seront pas obligés de tenir compte de son avis, mais on peut présumer que normalement ils suivront ses conseils.

---

283. En ne subordonnant pas l'inculpation à l'approbation d'un procureur de la Couronne, nous nous écartons du système en vigueur au Québec, en raison duquel il a été jugé dans l'arrêt *Bisaillon* c. *Keable*, précité, note 130 et *Procureur général de la province de Québec* c. *Procureur général du Canada*, précité, note 132, que la décision *Blackburn* n'était pas applicable dans cette province.

Nous pensons en effet que les agents de police ne décideront de porter une accusation contre l'avis du poursuivant que dans des circonstances exceptionnelles. Habituellement, ils s'inclineront devant l'opinion du spécialiste pour ce qui a trait à la qualité de la preuve et à d'autres questions du même genre. N'oublions pas qu'ils sont passibles de poursuites civiles s'ils abusent de leurs pouvoirs d'inculpation; et dans le cas où une action serait intentée contre eux, l'avis défavorable donné par le poursuivant pourrait être produit en preuve. Par conséquent, les policiers ne décideront pas à la légère d'y passer outre.

De toute évidence, le poursuivant doit être au fait des circonstances de l'affaire et des éléments de preuve pour être en mesure de donner une opinion éclairée au policier. Avec ces renseignements, il pourra non seulement confirmer l'absence de tout vice de forme dans le document d'inculpation, mais aussi se prononcer sur les chances d'obtenir une déclaration de culpabilité. Il pourra aussi, tenant compte de l'âge de l'accusé, des éventuelles circonstances atténuantes, etc., conseiller d'autres mesures que l'engagement de poursuites pénales. Cela explique la teneur de la recommandation 20.

Selon la recommandation 21, rien n'empêche l'agent de police de présenter une accusation au juge de paix contre l'avis du poursuivant. Mais lorsqu'il le fait, il est tenu d'informer le juge de paix de la situation. Et lorsqu'il lui a été impossible de consulter le poursuivant, il doit en donner les raisons. Dans ces deux cas, il appartiendra au juge de paix, comme toujours, de décider s'il y a lieu de décerner un mandat d'arrestation ou une sommation. Voyant que l'inculpation n'a pas reçu la caution du poursuivant public, il sera vraisemblablement incité à examiner de très près le document dont il est saisi. Il est donc permis de penser que la délivrance d'un acte judiciaire ne sera pas regardée comme une simple formalité dans de tels cas et les garanties censées découler du pouvoir discrétionnaire conféré au juge de paix pourront retrouver leur pleine signification.

Certaines des personnes que nous avons consultées craignent que le fait d'obliger les poursuivants à examiner chaque chef d'accusation avant qu'il soit présenté entraîne des problèmes administratifs et nécessite un accroissement du personnel. Pourtant, le système mis en place au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique, qui assigne aux procureurs de la Couronne des fonctions semblables, paraît très bien fonctionner[284]. Comme il a fait ses preuves à la fois dans une petite province aux ressources limitées et dans une province populeuse où les poursuites abondent, il est permis de penser que tout surcroît de travail aux étapes préliminaires est compensé au bout du compte par les avantages que le système présente.

---

284. D'après les estimations qu'on nous a données, le nombre de déclarations de culpabilité et de plaidoyers de culpabilité se serait accru de 10 à 15 % en Colombie-Britannique après l'instauration de ce système, le nombre de causes incertaines se trouvant réduit. Par ailleurs, un commentateur signale que 12 % seulement des accusations font l'objet d'un retrait au Nouveau-Brunswick, par rapport à une proportion de 40 à 50 % dans les provinces où les inculpations ne sont pas approuvées par les poursuivants : G.F. GREGORY, «Police Power and The Role of The Provincial Minister of Justice» (1979), 27:1 *Ch. L.J.* 13, p. 16. Rappelons toutefois que le système établi dans ces deux provinces va plus loin que ce que nous proposons car, sur le plan administratif, aucune inculpation ne peut avoir lieu sans l'approbation d'un poursuivant.

Nous avons déjà relevé les lacunes actuelles au chapitre de la signature des documents d'inculpation. Les propositions faites ici devraient permettre de déceler, plus tôt qu'en ce moment, les accusations mal fondées ou dont la rédaction laisse à désirer. Elles s'harmonisent en outre avec les recommandations faites par la Commission dans le document de travail intitulé *Le document d'inculpation*[285], où l'on préconise une participation plus active des procureurs de la Couronne à la rédaction des chefs d'accusation. La Commission y recommandait aussi l'utilisation d'un formulaire uniformisé et le recours aux techniques de traitement de texte, qui simplifieraient les choses et réduiraient les erreurs matérielles[286]. Ces correctifs apportés, le système présenterait à notre avis les mêmes avantages que si l'on rendait le consentement du poursuivant obligatoire, comme dans certaines provinces.

Il faut bien reconnaître, toutefois, que nos recommandations touchant l'examen préalable des accusations par le poursuivant public n'auraient pas la même pertinence si les juges de paix s'acquittaient mieux de la mission que la loi leur assigne. Dans une certaine mesure, en effet, les problèmes actuels tiennent à l'insuffisance du bagage juridique de ces fonctionnaires. À long terme, nous pensons qu'il y aurait lieu d'être plus exigeant quant aux critères de sélection des juges de paix et quant à leur formation (peut-être même faudrait-il ne recruter que des avocats), et de les rémunérer en conséquence. La nécessité des connaissances en droit s'impose : il est de plus en plus délicat de déterminer la validité du contenu des documents d'inculpation et des mandats de perquisition (pour ne nommer que deux types d'actes judiciaires actuellement délivrés par les juges de paix) au regard des nouvelles exigences établies par la Charte et divers textes législatifs. La nécessité d'une plus grande compétence, d'une meilleure formation[287] et d'une plus grande indépendance[288] des juges de paix a été signalée dans d'autres études et dans des décisions judiciaires. Ces suggestions nous paraissent s'accorder avec nos autres propositions, mais nous avons jugé préférable de ne faire aucune recommandation formelle à ce propos.

Les recommandations faites ici s'écartent quelque peu des propositions contenues dans le document de travail n° 15, *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*[289]. La Commission pensait alors, comme maintenant, qu'il est logique que le procureur de la Couronne puisse examiner l'accusation avant la première comparution devant le tribunal. Mais elle proposait que l'inculpation soit subordonnée au consentement

---

285. CRD, *Le document d'inculpation*, Document de travail n° 55, Ottawa, La Commission, 1987.

286. *Id.*, p. 18.

287. Voir par exemple A.W. MEWETT, *Report to the Attorney General of Ontario on the Office and Function of Justices of the Peace in Ontario*, inédit, 1981, pp. 18-19, 43, 67-71; et CRD, *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, Document de travail n° 30, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1983. Bien que la Commission n'ait pas encore entrepris d'étude empirique sur la procédure de dépôt de la dénonciation, elle rapporte dans ce document les résultats d'une enquête sur les pratiques en matière de délivrance de mandats de perquisition, où seulement 39,4 % des mandats de l'échantillon avaient été validement délivrés.

288. Voir *Reference Re Justices of the Peace Act, Re Currie and Niagara Escarpment Commission* (1984), 16 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.).

289. *Op. cit.*, note 111.

du poursuivant quant à la forme des chefs d'accusation et que ce dernier ait le pouvoir d'y apporter les modifications qui lui paraissent indiquées[290].

Notre recommandation reposait avant tout sur l'idée que le poursuivant pourrait déceler les vices de forme, veiller à ce qu'il y ait des preuves suffisantes à l'appui de l'accusation et confirmer l'inexistence d'autres motifs rendant l'inculpation inopportune. Or, nous estimons que ces objectifs peuvent tout aussi bien être atteints par la mise en application des propositions faites ici, qui, au surplus, nous paraissent favoriser une meilleure répartition des responsabilités et présenter des avantages sur le plan de l'obligation de rendre compte.

Certains commissaires opteraient pour le système établi au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique, et s'en tiendraient aux propositions faites dans le document de travail n° 15 (consentement obligatoire du poursuivant). De leur point de vue, la décision de porter une accusation ne relève pas de l'enquête, mais constitue la première étape de la poursuite; elle devrait donc être prise par la personne qui sera responsable de celle-ci. Dans cette optique, le fait de la confier à la police (même si dans la pratique elle sera le plus souvent cautionnée par le poursuivant) témoignerait d'une confusion entre les deux rôles, alors qu'ils devraient être nettement distingués. Pour véritablement marquer cette distinction, disent-ils, il faudrait que toute accusation soit portée par un poursuivant ou avec son approbation.

Il est souhaitable, selon eux, qu'en matière de poursuites publiques il existe une claire séparation des pouvoirs dans la pratique. Lorsqu'il existe un risque de conflit d'intérêts, parce que les suspects font partie du ministère dirigé par le procureur général ou parce que ce dernier pourrait hésiter à intenter des poursuites pour des raisons politiques, une poursuite *privée* peut toujours être déclenchée par la victime, par tout citoyen ou encore par un agent de police en sa seule qualité de citoyen. En fait, le mécanisme de la poursuite privée leur paraît faire contrepoids aux pouvoirs du procureur général et du ministère public, et garantir — avec la transparence qui doit caractériser la justice pénale — que toute possibilité de conflit d'intérêts sera portée à l'attention du public.

2. L'établissement de lignes directrices concernant l'engagement des poursuites

a) La situation actuelle

Pour qu'un système judiciaire soit marqué au coin de l'équité, l'engagement des poursuites doit dans une certaine mesure obéir à des critères uniformes. À cet égard, l'établissement de lignes directrices claires s'avère utile, que le poursuivant public ait pour rôle de décider si le déclenchement d'une action est opportun ou qu'il ait simplement le pouvoir de mettre fin aux procédures après qu'elles ont été engagées. Comme nous l'avons vu[291], c'est au procureur général qu'il incombe de définir les grandes orientations en la matière.

---

290. *Id.*, pp. 45-49.

291. Voir le texte sous la rubrique «Le procureur général et les procureurs de la Couronne», *supra*, p. 15.

Au Canada, le public n'a d'une manière générale pas accès aux critères retenus par la Couronne à ce chapitre[292]. Dans ces conditions, il est difficile de vérifier si les lignes directrices sont appliquées d'une manière uniforme, ou même si les critères qu'elles énoncent sont acceptables. Dans certains pays comme l'Angleterre[293], l'Australie[294] et les États-Unis[295], de telles lignes directrices ont été élaborées et rendues publiques. Il y a lieu ici de citer un autre extrait du rapport de la Commission Philips :

> [TRADUCTION]
> Nul ne semble croire qu'un système de poursuites, quel qu'il soit, puisse garantir que l'on n'intentera jamais des poursuites contre des personnes qui n'ont pas commis l'infraction reprochée. L'enquêteur comme le poursuivant peuvent être induits en erreur par des témoins, voire par l'accusé lui-même. Aucun système ne saurait non plus [. . .] permettre de traduire en justice toutes les personnes qui sont bel et bien coupables d'infraction. L'objectif, au regard de l'équité, ne consiste donc pas simplement à poursuivre les coupables et à ne pas poursuivre les innocents, mais à faire en sorte que des poursuites soient intentées seulement dans les cas où la preuve est adéquate et où l'intérêt public le justifie[296].

Les lignes directrices doivent donc être centrées sur deux notions : la suffisance de la preuve et l'intérêt public.

Au départ, il paraît indispensable que le poursuivant croie à l'existence d'une preuve susceptible d'entraîner une déclaration de culpabilité. Mais il faut aussi déterminer si cette preuve est suffisante pour justifier le déclenchement d'une poursuite, ce qui n'est pas tout à fait la même chose.

On peut notamment envisager le recours au critère de la preuve *prima facie*, soit «la preuve de tous les points essentiels de l'inculpation qui, si elle était crue par le juge des faits et si elle n'était pas contestée, justifierait une déclaration de culpabilité[297]». Ce critère exclut

---

292. Cela n'est pas le cas dans toutes les provinces. Au Nouveau-Brunswick, par exemple, où les inculpations doivent obligatoirement être approuvées par le poursuivant, les critères sont publiés et chacun peut les consulter.

293. Voir les observations contenues dans A. SANDERS, «Prosecution Decisions and the Attorney-General's Guidelines», [1985] *Crim. L.R.* 4.

294. Voir par exemple *Prosecution Policy of the Commonwealth*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1986. Voir en outre l'étude sur le système mis sur pied en 1986 aux Nouvelles-Galles du Sud, contenue dans NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, *Criminal Procedure: Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals*, Discussion Paper 14, vol. 2, Sydney, La Commission, 1987, pp. 540-541. Le *Director of Public Prosecutions* peut donner des lignes directrices aux procureurs de la Couronne en ce qui concerne l'exercice de fonctions précises, mais pas à l'égard d'une affaire en particulier. Par ailleurs, les lignes directrices doivent être publiées dans le rapport annuel remis par le directeur.

295. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 241, «The Prosecution Function», p. 3.12. On trouvera un intéressant commentaire sur les normes de l'ABA dans H.R. UVILLER, «The Virtuous Prosecutor in Quest of an Ethical Standard: Guidance from the ABA» (1973), 71 *Mich. L. Rev.* 1145, notamment aux pp. 1152 à 1157, plus précisément sur le problème des poursuites engagées malgré la probabilité d'un acquittement et sur l'appréciation par le poursuivant de la crédibilité des témoins.

296. *Op. cit.*, note 240, p. 128.

297. *Mezzo* c. *La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 837. La Cour suprême s'est penchée dans cette affaire sur une preuve *prima facie* dans le contexte d'un verdict imposé.

donc la prise en considération d'éléments tels que la crédibilité des témoins à charge et à décharge. Il s'agit simplement de se demander si, dans l'absolu, la preuve est suffisante.

Par ailleurs, la règle des «cinquante et un pour cent», appliquée par certains titulaires de la charge de *Director of Public Prosecutions* en Angleterre, permet de tenir compte des chances que la preuve soit crue et de l'attitude escomptée du juge des faits[298]. Axée sur la suffisance de la preuve, elle vise à déterminer si la déclaration de culpabilité est probable. Ce critère n'est cependant pas immuable. On pourra être plus exigeant dans le cas où l'acquittement aurait des conséquences particulièrement défavorables; lorsque, par exemple, l'échec d'une poursuite relative à une publication obscène risque d'entraîner une augmentation des ventes, à cause de la publicité entourant l'affaire.

D'autres considérations peuvent au contraire militer en faveur de l'application d'un critère moins rigoureux. Les lignes directrices de l'*American Bar Association* en matière de poursuites renferment cet énoncé de principe :

> [TRADUCTION]
> Dans les affaires dont les faits constituent une menace sérieuse pour la collectivité, le poursuivant ne devrait pas renoncer à intenter des poursuites parce que les jurys ont eu tendance à acquitter les personnes accusées de l'infraction criminelle en question[299].

La poursuite ne présente pas qu'un intérêt symbolique dans de tels cas; elle [TRADUCTION] «peut concrètement sensibiliser la collectivité au problème et l'inciter à remédier à la situation[300]».

Lorsque les autorités engagent des poursuites dans de tels cas, c'est que l'intérêt public paraît l'exiger. Mais le plus souvent, la prise en compte de celui-ci les invitera à conclure qu'il vaut mieux renoncer à poursuivre, bien que les chances d'obtenir une condamnation soient excellentes. Citons encore une fois les lignes directrices de l'*American Bar Association* :

> [TRADUCTION]
> Le poursuivant n'est pas tenu de porter toutes les accusations que la preuve pourrait étayer. Il peut dans certaines circonstances, et pour des motifs sérieux, conformes à l'intérêt public, s'abstenir d'intenter des poursuites, alors même qu'il existe une preuve suffisante pour entraîner une déclaration de culpabilité[301].

---

298. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, pp. 415-416.

299. *Op. cit.*, note 241, p. 3.54.

300. *Id.*, p. 3.58.

301. *Id.*, p. 3.54.

Il serait impossible d'énumérer toutes les circonstances dans lesquelles il peut s'avérer opportun, au regard de l'intérêt public, de s'abstenir de toute poursuite[302]. Citons notamment les motifs ayant trait à la gravité de l'infraction, à l'âge du délinquant, etc. Par contre, on ne saurait normalement tenir compte de la religion de ce dernier, du groupe ethnique auquel il appartient ni d'autres caractéristiques de même nature.

b) Recommandations

22. Le procureur général devrait publier des lignes directrices applicables à l'engagement des poursuites pénales. Ces lignes directrices énonceraient, en termes généraux, les éléments qui doivent ou ne doivent pas être pris en considération lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'opportunité du déclenchement de poursuites.

23. Devraient notamment être énoncés dans les lignes directrices les critères suivants : (1) Le poursuivant public estime-t-il qu'il existe des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable ayant reçu des directives appropriées pourrait déclarer le suspect coupable ? (2) Dans l'affirmative, la poursuite est-elle dans une mesure raisonnable susceptible d'entraîner une déclaration de culpabilité ? Le poursuivant

---

302. On trouve à la p. 3.54 des lignes directrices de l'ABA une liste des éléments susceptibles d'être pris en considération pour déterminer s'il est opportun d'intenter des poursuites :

[TRADUCTION]
(i) les doutes raisonnables du poursuivant quant à la culpabilité de l'accusé;
(ii) la gravité du préjudice causé par l'infraction;
(iii) le caractère disproportionné de la peine susceptible d'être infligée et l'infraction ou le délinquant en cause;
(iv) les motifs qui ont poussé le plaignant à agir;
(v) la réticence de la victime à témoigner;
(vi) le fait que la coopération de l'accusé a facilité l'arrestation ou la condamnation d'autres personnes;
(vii) la possibilité et la probabilité d'une poursuite dans un autre ressort.

Mentionnons également, dans la même perspective, un document du ministère de la Justice des États-Unis, préparé par l'ancien *Attorney General* Edward H. LEVI à l'intention des responsables de tous les bureaux, divisions et services du ministère, figurant à (1978), *24 Crim. L. Rep.* 3001. Le procureur général cite les éléments suivants :
a) la gravité de l'infraction;
b) la nécessité de prendre des mesures dissuasives à l'égard d'infractions semblables;
c) la qualité de la preuve du ministère public;
d) la culpabilité relative de la personne à l'égard de l'infraction, ses antécédents et sa situation financière;
e) la peine probable en cas de condamnation;
f) la possibilité de recourir à des procédures civiles ou administratives au lieu d'intenter une poursuite criminelle;
g) la possibilité de poursuites dans un autre ressort;
h) l'existence des ressources nécessaires sur le plan de la poursuite et sur le plan judiciaire.

Le procureur général Levi a également précisé que les considérations suivantes ne devraient pas être prises en compte par le poursuivant :
a) la race, l'origine ethnique, la religion, le sexe, l'affiliation politique, les activités ou les opinions du délinquant;
b) l'opinion subjective du poursuivant au sujet du délinquant ou de la victime;
c) les effets possibles de la décision sur la situation personnelle ou professionnelle du poursuivant.

aurait également l'obligation de tenir compte des éléments suivants : (3) Des considérations liées à l'intérêt public rendent-elles la poursuite opportune malgré les faibles chances d'une déclaration de culpabilité ? (4) Des considérations humanitaires ou liées à l'intérêt public s'opposent-elles à l'engagement de poursuites malgré les chances raisonnables d'une déclaration de culpabilité ? (5) Les ressources existantes justifient-elles l'inculpation ?

Commentaire

La publication des lignes directrices favorise d'après nous la transparence et l'obligation de rendre compte dans le système de justice pénale, dont l'un des éléments centraux consiste dans le pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites. Dans notre régime, c'est un agent de police qui prend la décision, mais après avoir consulté un poursuivant public. Dans la mesure du possible, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit revêtir un caractère public; pour cela, il faut que les critères appliqués par le poursuivant soient connus de tous.

La publicité présente de nombreux avantages. Les lignes directrices faciliteront la tâche des procureurs de la Couronne, qui auront moins souvent à demander l'avis de leurs supérieurs au sein du ministère. Elles seront particulièrement utiles aux nouvelles recrues. Parallèlement, les autorités du ministère seront vraisemblablement moins tentées de s'immiscer dans le travail quotidien des poursuivants qui œuvrent sur le terrain.

L'existence de lignes directrices claires permettra d'autre part au public de comprendre plus aisément les raisons pour lesquelles les autorités décident d'intenter ou de ne pas intenter de poursuites. Bien sûr, ce n'est peut-être pas une grande consolation pour la personne inculpée d'une infraction de savoir qu'elle n'a pas été traitée plus sévèrement qu'autrui, mais il est tout de même préférable que le fondement de la décision ne demeure pas caché. Surtout, on verra clairement à la lumière des lignes directrices que celle-ci est justifiable. Cela est particulièrement important lorsque des personnes connues — des hommes ou des femmes politiques par exemple — sont impliquées : elles ne devraient ni jouir d'un traitement de faveur ni faire l'objet d'une rigueur particulière. Rien ne justifie en effet qu'on engage des poursuites contre des personnes en vue lorsqu'on ne l'aurait pas fait contre des citoyens ordinaires[303]. L'existence de lignes directrices que chacun peut consulter garantit l'égalité de traitement et met le procureur général à l'abri des accusations de favoritisme.

---

303. En 1978, le procureur général de l'Ontario, Roy McMurtry, a renoncé à intenter des poursuites pénales contre Francis Fox, le solliciteur général du Canada qui avait démissionné lorsqu'on eut appris qu'il avait imité la signature du mari sur un formulaire de consentement à l'avortement thérapeutique. Le procureur général avait alors déclaré que l'engagement de poursuites aurait [TRADUCTION] «des conséquences d'une gravité disproportionnée pour une personne jouissant d'une bonne réputation, qui avait déjà souffert grandement des suites de son geste. Cela tient aux circonstances de l'affaire elle-même et non au fait que M. Fox a assumé une charge publique importante après les faits en cause». En outre, [TRADUCTION] «il faut tenir compte de l'embarras et de l'angoisse qui pourraient être causés à des innocents, par rapport aux avantages que pourrait présenter l'engagement de poursuites contre M. Fox ou contre la femme concernée. Or selon ce seul critère, l'abstention présente des avantages qui dépassent de beaucoup ceux qui pourraient découler de poursuites»; Ontario, Assemblée législative, *Débats*, pp. 51-52, 23 février 1978. Bien qu'il soit inacceptable, a fait valoir M. McMurtry, qu'une personne en vue échappe à toute poursuite dans un cas où tout citoyen ordinaire aurait été traduit en justice, il serait tout aussi inacceptable de poursuivre une personne en vue alors que le citoyen ordinaire ne l'aurait pas été.

Les lignes directrices peuvent aussi avoir une valeur éducative. Non seulement les procureurs, mais aussi les policiers et les simples citoyens pourront connaître les éléments qui sont pris en considération par les autorités en cette matière. Cela peut inciter le public à modifier certaines attitudes, ou encore permettre aux citoyens de se prononcer sur le bien-fondé des critères retenus.

À notre sens, les lignes directrices en question devraient être rédigées en termes généraux. En effet, on ne saurait y prévoir les circonstances de chaque affaire, variables à l'infini. En plus, il ne faudrait pas que des criminels astucieux puissent trouver le moyen d'exploiter des textes trop précis en s'arrangeant pour que leurs activités échappent de justesse aux critères établis.

Nous proposons l'établissement d'un cadre général à la lumière duquel les faits particuliers à chaque affaire devront être examinés. Tout d'abord, pour conseiller le déclenchement de la poursuite, le poursuivant doit croire qu'il existe des preuves au vu desquelles un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait déclarer l'accusé coupable. Ce critère est fondé sur la règle régissant le renvoi de l'inculpé en vue du procès après l'enquête préliminaire et constitue à notre avis le point de départ correct[304].

Il est opportun en outre que le procureur apprécie jusqu'à un certain point la qualité de la preuve. C'est pourquoi le deuxième critère a trait à la norme de preuve qui devrait être exigée pour que l'inculpation soit recommandée. Nous avons tenté de formuler une norme qui se situerait entre le critère de la preuve *prima facie* et la règle des «cinquante et un pour cent».

Le critère de la preuve *prima facie* nous paraît inadéquat parce qu'il ne donne pas suffisamment de latitude pour la prise en compte de la crédibilité des témoins. Le procureur de la Couronne peut être au courant de faits en raison desquels il est très peu probable que l'on ajoute foi à la déposition du principal témoin à charge (condamnation antérieure pour parjure, fortes raisons de ne pas être sincère); ou il peut simplement estimer qu'un témoin est peu digne de foi. Or, il faut éviter d'encombrer le rôle des tribunaux avec des poursuites que tout poursuivant expérimenté estimerait vouées à l'échec, simplement parce qu'il existe des éléments de preuve relatifs à chacun des éléments constitutifs de l'infraction. Pourquoi ne pas tirer parti de l'expérience des procureurs de la Couronne, et leur demander de voir si les preuves dont on dispose concrètement sont suffisantes pour donner lieu à une déclaration de culpabilité ?

La règle des «cinquante et un pour cent» ne saurait elle non plus être adoptée telle quelle. Tout d'abord, elle suppose qu'il est possible de calculer mathématiquement les chances de voir la poursuite aboutir, ce qui n'est pas réaliste. Ensuite (et surtout), elle risque de s'avérer trop rigoureuse. Glanville Williams souligne que, dans le cas où l'on retiendrait cette règle,

---

304. Le critère appliqué pour décider s'il y a lieu de renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès a été établi dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique* c. *Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080 : «selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité.»

certaines poursuites ne seront pas intentées même si elles devraient l'être dans l'intérêt public, parce que les chances de condamnation ne sont pas très grandes[305]. Il donne cet exemple : dans les litiges entre policiers et prisonniers, les jurys tendent à se méfier de la version donnée par ces derniers et hésitent à faire condamner des représentants de l'ordre. Or, les poursuivants sont au courant de ce fait, de sorte que [TRADUCTION] «des policiers corrompus et violents ne sont pas traduits en justice alors que des citoyens ordinaires le seraient[306]».

Le même raisonnement sous-tend le principe exprimé dans les normes de l'*American Bar Association* : lorsqu'il existe une menace sérieuse contre la collectivité, le poursuivant ne devrait pas renoncer à la poursuite parce que les jurys ont tendance à acquitter les personnes accusées de l'infraction en cause.

Nous avons donc voulu établir un critère qui ne présente pas les inconvénients de la règle des «cinquante et un pour cent». C'est pourquoi les lignes directrices exigent au départ que la poursuite soit «dans une mesure raisonnable» susceptible d'entraîner une déclaration de culpabilité. Par ailleurs, il faut permettre expressément l'introduction d'une poursuite même si la condamnation n'est pas raisonnablement probable, lorsque cela s'impose pour des motifs ressortissant à l'intérêt public. Pourront ainsi être portées des accusations dans des cas semblables à ceux qui ont été évoqués, où des raisons essentiellement étrangères au droit rendent la déclaration de culpabilité peu probable.

Lorsque la poursuite présente des chances raisonnables de succès, le poursuivant doit se demander s'il ne serait pas malgré tout préférable, au regard de l'intérêt public, de s'abstenir de l'intenter. De nombreuses raisons peuvent appeler une réponse affirmative, au rang desquelles on peut citer les suivantes :

1. les conséquences pour l'accusé ou pour une autre personne concernée par les procédures sont nettement disproportionnées par rapport aux avantages que présenterait l'engagement d'une poursuite ou par rapport au préjudice causé par l'accusé[307];

2. la poursuite est intentée pour un motif inavouable;

---

305. G. WILLIAMS, «Letting off the Guilty and Prosecuting the Innocent», [1985] *Crim. L.R.* 115.

306. *Id.*, p. 116.

307. De nombreux avocats de la défense ont souligné que l'importance de ce critère n'a cessé de décliner au cours des dernières années, en particulier parce que depuis 1972, la libération inconditionnelle et sous condition est possible. Il est par conséquent rare, fait-on valoir, que les résultats d'un verdict de culpabilité soient tellement importants et tellement disproportionnés par rapport au préjudice causé par l'infraction que, pour cette seule raison, le retrait des accusations serait opportun. Les poursuivants disent souvent que l'accusé peut toujours obtenir une absolution, les conséquences de la condamnation sur le plan de la carrière, de l'avancement, de la vie familiale étant alors très réduites. On peut toutefois imaginer des cas où la possibilité d'obtenir une absolution ne serait pas suffisante. Ainsi, lorsque l'accusé se voit imputer une infraction sexuelle habituellement associée à l'homosexualité et qu'il s'agit d'un homme marié, respecté dans son milieu et auquel nul ne prêtait de telles tendances, l'inculpation en soi risque d'avoir des conséquences dévastatrices.

3. l'infraction revêt un caractère essentiellement privé et la victime ne souhaite pas qu'une poursuite soit intentée[308];

4. l'enquête a donné lieu à l'utilisation de procédés qui déconsidèrent l'administration de la justice;

5. l'arrêt des procédures s'impose pour des raisons tenant à la compassion ou à la clémence;

6. la poursuite est périmée[309];

7. le délinquant est très âgé ou très jeune;

8. vu l'état mental de l'accusé, il semble opportun de recourir à d'autres solutions[310];

9. l'accusé a coopéré avec les autorités[311];

10. la loi est désuète et il s'avère impossible de l'appliquer d'une manière équitable;

---

308. Le problème des «différends de nature privée» suscite de sérieuses difficultés. Lorsque le plaignant souhaite le retrait des accusations, le poursuivant public accédera normalement à sa demande, s'il estime que celle-ci n'est pas due à des pressions indues. On a cependant établi récemment dans certaines provinces des directives destinées à enlever au poursuivant local ce pouvoir discrétionnaire dans certains cas, notamment ceux de violence au sein de la famille. Le contenu d'une telle ligne directrice a été dévoilé à l'occasion d'une affaire récente, *R.* c. *Moore* (1986), 30 C.C.C. (3d) 328, p. 330 (Cour terr. T.N.-O.), la victime ayant refusé de témoigner contre l'accusé, son conjoint de fait. En voici la teneur : [TRADUCTION] «Toute plainte concernant des voies de fait commises sur le conjoint doit faire l'objet d'une enquête immédiate et complète, des accusations devant être portées en vue d'une poursuite judiciaire même lorsque la victime ne souhaite pas que son conjoint soit traduit en justice. [. . .] La présente directive vise l'engagement systématique de poursuites dans les cas de voies de fait commises contre le conjoint lorsque la preuve le justifie». En l'occurrence, le juge de première instance avait signalé que cette politique avait eu pour de nombreuses personnes des effets [TRADUCTION] «sensiblement néfastes» : par exemple, certaines victimes souhaitent simplement au fond que la situation change et hésiteront alors à appeler la police, sachant que des accusations seront alors inévitablement portées.

309. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 7 et de l'alinéa 11*b*) de la Charte, cet élément ne fait pas simplement l'objet d'un pouvoir discrétionnaire. En effet, les garanties relatives à la justice fondamentale et au droit d'être jugé dans un délai raisonnable pourront entraîner le rejet de poursuites intentées très tardivement.

310. Devant l'état insatisfaisant des règles de droit pénal actuellement applicables aux personnes qui, atteintes de troubles mentaux, ont commis une infraction grave, les poursuivants sont enclins à soustraire ces personnes au système judiciaire pénal pour qu'elles soient prises en charge par le système des soins de santé.

311. S'il est généralement reconnu que la police et les poursuivants publics favorisent la clémence à l'égard des personnes qui collaborent aux enquêtes policières, GROSMAN a constaté une ambivalence manifeste chez les poursuivants auprès desquels il a fait une étude consacrée au retrait des accusations portées contre des indicateurs. Plusieurs poursuivants se seraient exprimés en ces termes : [TRADUCTION] «Je n'aime pas voir une canaille acheter son immunité parce qu'elle connaît d'autres canailles et peut les faire coffrer afin de sauver sa propre peau» ou [TRADUCTION] «Plus on insiste pour que je retire les accusations, plus je veux y donner suite. Si la police veut protéger un indicateur, elle ne devrait pas l'inculper.» B.A. GROSMAN, *The Prosecutor: an Inquiry into the Exercice of Discretion*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, p. 39.

11. une déclaration de culpabilité aurait des conséquences graves sur le plan de l'administration de la justice ou celui de l'intérêt public[312];

12. la tenue d'un procès aurait des effets préjudiciables pour la collectivité locale[313] ou pour des personnes innocentes[314];

13. seule une peine symbolique sera vraisemblablement infligée[315].

Finalement, le poursuivant doit se demander si les ressources disponibles justifient le déclenchement de poursuites. Ce critère ne peut être énoncé d'une manière très précise; mais il s'agit d'une part de tenir compte des autres éléments et, d'autre part, de déterminer s'il est possible d'obtenir les ressources nécessaires à l'obtention d'une déclaration de culpabilité et s'il est opportun de les affecter à l'affaire. Chose certaine, toute poursuite entraîne des coûts. Mais lorsqu'elle s'avère très dispendieuse et que la peine infligée sera vraisemblablement symbolique, on pourra juger préférable de ne pas porter d'accusations. Il va de soi que la complexité des opérations faites par l'accusé ne saurait lui conférer l'immunité de poursuites, simplement parce que, dans la pratique, les procédures s'avéreraient complexes et coûteuses. Dans certains cas, il y aura lieu de renoncer à l'inculpation, ou encore de porter des accusations uniquement contre certaines personnes. Comme le faisait observer en Grande-Bretagne un titulaire de la charge de *Director of Public Prosecutions*, [TRADUCTION] «L'intérêt public n'exige nécessairement pas que l'on poursuive tout le menu fretin impliqué dans une infraction; l'important, c'est que le gros gibier soit traduit en justice[316]».

---

312. On cite souvent à titre d'exemple le cas où une personne a menti à son propre procès et a été de ce fait acquittée. Si elle doit être accusée de parjure puis déclarée coupable après avoir répété pour l'essentiel la version donnée antérieurement, le verdict d'acquittement initial risque d'être remis en question. Voir les observations du *Director of Public Prosecutions* citées dans EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 425.

313. EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 427, évoque l'affaire de l'émeute de Bristol, dans laquelle on avait décidé de ne pas tenir un nouveau procès à cause des tensions raciales que cela aurait risqué de susciter dans la ville.

314. Ainsi, dans l'affaire Francis Fox le procureur général avait tenu les propos suivants à la Chambre : [TRADUCTION] «Au sujet des personnes mêlées à cette affaire, je soulignerai que la tragédie qu'elles vivent doit également être prise en considération. Le mari de la femme, peut-être la personne la plus durement frappée en l'occurrence, a demandé qu'aucune poursuite pénale ne soit intentée contre M. Fox. Cette demande ne saurait être écartée à la légère, cela va sans dire. [. . .] Le fait de révéler l'identité de la femme [pendant le procès, si des accusations étaient portées] causerait un préjudice irréparable à toutes les personnes directement touchées. Il faut tenir compte de l'embarras et de l'angoisse qui pourraient être causés à des innocents, par rapport aux avantages que pourrait présenter l'engagement de poursuites contre M. Fox ou contre la femme concernée»; Ontario, Assemblée législative, *Débats*, *loc. cit.*, note 303, p. 52.

315. Sir Hartley Shawcross a présenté la chose ainsi : [TRADUCTION] «Il n'est pas toujours conforme à l'intérêt public de recourir à tous les mécanismes du processus pénal lorsque, au bout du compte, soit à cause de circonstances atténuantes, soit parce que l'accusé a déjà été puni, seule une peine symbolique sera vraisemblablement infligée» (cité par le procureur général de l'Ontario dans le discours prononcé à l'Assemblée législative au sujet de l'affaire Francis Fox, *loc. cit.*, note 303, p. 51).

316. Citation tirée de EDWARDS, *op. cit.*, note 34, p. 426.

D. Le droit de regard du poursuivant quant à la juridiction

1. *Le choix du* mode de procès par l'accusé

a) La situation actuelle

La personne inculpée d'un acte criminel a généralement le droit de choisir d'être jugée par un juge et un jury ou par un juge sans jury[317]. Elle peut habituellement revenir sur sa décision, quoique dans certains cas le consentement du procureur général soit requis[318].

Une fois que l'accusé a exercé son choix, il reste parfois à décider devant quelle juridiction supérieure le procès sera instruit. En Ontario, par exemple, les procès sans jury peuvent se tenir soit devant la Cour de district, soit devant la Cour suprême. La décision relève à l'heure actuelle du ministère public.

b) Recommandation

24. Lorsque, l'accusé ayant choisi le mode du procès, il faut déterminer devant quelle juridiction aura lieu celui-ci, la décision devrait continuer à relever du poursuivant public.

Commentaire

On a pu se demander si le choix de subir son procès devant telle ou telle juridiction supérieure est un droit fondamental de l'accusé; la Cour suprême a répondu par la négative[319]. Le ministère public peut facilement obtenir des renseignements sur les ressources judiciaires et il est en mesure de répartir les causes de la façon la plus efficace possible. Les personnes que nous avons consultées ne nous ont signalé aucun cas où la Couronne aurait abusé de ce pouvoir; et nul n'a l'impression que des différences pourraient exister dans la qualité de la justice rendue par les différentes juridictions supérieures[320].

Compte tenu de l'existence de plusieurs niveaux de juridiction, aucune réforme ne paraît nécessaire pour l'instant en cette matière. L'unification de la juridiction criminelle réglerait cependant tout problème susceptible de se poser[321].

---

317. Les personnes accusées de certaines infractions d'une gravité relativement mineure sont tenues en vertu de l'article 553 du *Code criminel* d'être jugées par un juge d'une cour provinciale. Celles qui sont inculpées d'infractions très graves, de meurtre par exemple, doivent suivant l'article 469 subir leur procès devant un juge d'une cour supérieure.

318. Voir les articles 561 et 562 du *Code criminel*.

319. *Szpyt* c. *La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 248.

320. Signalons toutefois que sur la question de la compétence relative des diverses juridictions supérieures, du moins en Ontario, le point de vue contraire est exprimé dans le *Rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 1987, p. 86 (le rapport Zuber).

321. CRD, *Pour une cour criminelle unifiée*, Document de travail n° 59, Ottawa, La Commission, 1989.

2. L'article 568 du *Code criminel*

a) La situation actuelle

L'article 568 du *Code criminel* permet au procureur général d'exiger personnellement la tenue d'un procès devant jury, en dépit du choix exercé par l'accusé, pour les infractions punissables par une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans. L'enquête préliminaire est de rigueur dans de tels cas. Attaquée devant les tribunaux comme non conforme à la Charte, cette disposition a été jugée constitutionnelle[322].

On nous a informés que ce pouvoir est très rarement invoqué. Certains estiment qu'il devrait être aboli purement et simplement; mais selon la majorité des personnes consultées, son existence pourrait s'avérer utile dans des circonstances exceptionnelles. Si un juge ou un haut fonctionnaire, par exemple, était inculpé d'une infraction grave, l'intérêt public pourrait exiger que le procès ait lieu devant un juge et un jury, plutôt que devant un juge seul. On éliminerait ainsi toute éventuelle apparence de partialité.

b) Recommandation

25. Lorsque le crime reproché est punissable par une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, le procureur général devrait pouvoir exiger personnellement, indépendamment du choix exercé par l'accusé, que celui-ci subisse son procès devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Dans ce cas, une enquête préliminaire sera tenue si cela n'a pas déjà été fait.

Commentaire

Nous avons décidé de recommander le maintien de ce pouvoir conféré au procureur général. La seule modification proposée consiste à le rendre applicable aux infractions punissables par une peine de plus de *deux* ans d'emprisonnement; cela, en conformité avec la classification des infractions préconisée par la Commission[323].

Il nous paraît opportun que ce pouvoir continue à devoir être exercé par le procureur général lui-même. Comme nous le soulignions dans le document de travail intitulé *Les*

---

322. *Re Hanneson and The Queen*, précité, note 255.

323. À première vue, on pourrait voir là un élargissement du pouvoir du procureur général. Mais si l'article 568 ne s'applique officiellement qu'aux infractions punissables par une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans, le procureur général peut en réalité forcer tout accusé, peu importe l'inculpation, à être jugé par un juge et un jury. Le procureur général a en effet le pouvoir, en vertu de l'article 577 du Code, de recourir à l'inculpation directe dans toute poursuite avant l'enquête préliminaire. Or, suivant le paragraphe 565(2) du Code, l'accusé sera alors réputé avoir choisi un procès devant juge et jury. Il a alors le droit de modifier ce choix et d'opter pour un procès sans jury, mais uniquement si le poursuivant y consent.

poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire[324], le fait d'exiger que certaines décisions soient prises personnellement par le procureur général favorise la modération et garantit que le recours à des procédures exceptionnelles demeure chose rare. En outre, il paraît raisonnable de substituer ainsi la responsabilité politique au contrôle judiciaire. Comme ce pouvoir ne devrait être exercé que dans des cas très particuliers, il semble indiqué d'exiger qu'il le soit obligatoirement par le procureur général en personne.

3. L'article 473 du *Code criminel*

a) La situation actuelle

Selon l'article 469 du *Code criminel*, certaines infractions relèvent exclusivement des «cours supérieures de juridiction criminelle». Cette disposition a notamment pour effet d'empêcher l'accusé de choisir en vertu de l'article 536 d'être jugé par un juge sans jury. La personne inculpée d'une de ces infractions peut néanmoins demander, suivant l'article 473, d'être jugée sans jury par un juge d'une juridiction criminelle supérieure, mais le consentement du procureur général est alors nécessaire.

Avant certaines modifications récentes, l'article 473 du Code s'appliquait uniquement en Alberta et nul consentement n'était requis. Le législateur avait voulu à l'origine régler un problème bien précis : au XIX[e] siècle, ce n'était pas une mince tâche de former un jury de douze personnes dans les régions éloignées des Territoires du Nord-Ouest; l'Alberta a donc tenu au maintien de cette règle au moment de son adhésion à la fédération canadienne[325]. Quand l'application de la disposition en question a été étendue à l'ensemble du pays, le législateur a décidé de subordonner l'exercice de ce droit au consentement du procureur général.

D'après la jurisprudence, la possibilité de choisir le mode du procès est un avantage en faveur de l'accusé[326]. On ne sait pas au juste pourquoi cet avantage a été limité par l'exigence du consentement. Mais l'Alberta étant la seule province où l'article s'appliquait auparavant, on pourrait faire valoir que seuls les accusés de cette province ont vu leur situation devenir moins favorable.

Le seul argument susceptible d'être invoqué à l'appui du consentement exigé à l'article 473 tient à ce que celui-ci paraît empêcher les accusés de choisir le juge qui leur convient. Dans certaines provinces, les procès sans jury et les procès devant jury ont lieu devant des juridictions différentes. L'accusé inculpé d'une infraction visée à l'article 469 qui renonce au procès devant juge et jury y sera donc jugé devant la juridiction qui entend normalement les procès avec jury, mais par un juge seul. Il s'ensuit concrètement que l'existence d'un droit absolu de renoncer au procès devant jury dans le cas des infractions

---

324. *Op. cit.*, note 111.

325. On trouvera l'historique de cette disposition dans *R.* c. *Turpin* (1987), 60 C.R. (3d) 63, pp. 71-72 (C.A. Ont.), confirmé par [1989] 1 R.C.S. 1296.

326. *Id.* (C.A. Ont.), pp. 73-74.

énumérées à l'article 469 permettrait à l'accusé d'obtenir un procès sans jury qui n'aurait pas lieu devant la juridiction où sont normalement instruits ces procès.

Cet argument ne nous paraît pas convaincant. D'après nous, en fait, la personne inculpée d'une infraction mentionnée à l'article 469 est moins en mesure que les autres accusés de «choisir son juge», puisque le procès a obligatoirement lieu devant une juridiction criminelle supérieure.

b) Recommandation

26. Il y aurait lieu de supprimer les exceptions établies aux articles 469 et 473 du *Code criminel*, en vertu desquelles, respectivement, certaines infractions relèvent exclusivement des «cours supérieures de juridiction criminelle» et la personne inculpée de ces infractions a le droit de renoncer au procès devant jury.

Commentaire

Nous ne voyons pas pour quelle raison l'accusé qui souhaite renoncer au procès devant juge et jury devrait être tenu d'obtenir pour cela le consentement du procureur général dans le cas des infractions visées à l'article 469. Car pour tout autre acte criminel il a le choix entre un procès devant juge et jury et un procès devant juge seul. Le fait de supprimer l'exigence du consentement à l'article 473 ne donne donc aucun avantage particulier à la personne inculpée d'une infraction énumérée à l'article 469 : elle peut alors décider de subir ou non son procès devant un jury.

Les arguments qui plaident contre le consentement obligatoire prévu à l'article 473 prendront une force encore plus grande dans un système de juridiction criminelle unique, comme celui dont la Commission a proposé l'instauration[327]. Car dans un tel système, toutes les affaires criminelles relèveront de la même juridiction; la décision relative au jury ne sera donc pas fonction de la cour devant laquelle l'accusé sera jugé.

Si l'on veut permettre à l'accusé de choisir entre le procès devant jury et le procès sans jury, peu importe l'infraction, il existe cependant une solution plus élégante que celle qui consiste à supprimer à l'article 473 l'exigence du consentement. Car au fond la difficulté tient au fait que l'article 469 du *Code criminel*, en faisant échapper certaines infractions à la compétence des «cours de juridiction criminelle», empêche l'accusé de choisir au départ d'être jugé par un juge seul, alors qu'il peut le faire dans le cas de tout autre acte criminel.

Si l'on modifiait l'article 473 pour que le consentement du procureur général ne soit plus requis, tout accusé pourrait choisir d'être jugé devant un jury ou non, peu importe l'acte criminel qui lui est reproché. Mais dans les provinces où il n'existe pas de juridiction criminelle unifiée, cette solution créerait une anomalie. La personne inculpée d'une infraction non énumérée à l'article 469 et qui ne souhaite pas subir son procès devant un

327. *Pour une cour criminelle unifiée*, *op. cit.*, note 321.

jury serait justiciable de la juridiction qui entend les procès sans jury. Mais celle qui est inculpée d'une infraction visée à cet article et qui préfère un procès sans jury serait néanmoins jugée devant la juridiction où ont normalement lieu les procès devant jury, mais par un juge seul. Or, on ne voit pas très bien quel avantage découle de cette situation.

Dans la mesure où le but consiste à faire en sorte que les deux accusés se trouvent dans la même position, il nous semble que la solution la plus simple et la plus directe consiste à abolir les exceptions établies à l'article 469, qui ont rendu nécessaire l'établissement d'une disposition permettant à l'accusé de demander un procès sans jury dans le cas des infractions en question. De cette façon les juridictions criminelles seront compétentes relativement à tout acte criminel, de sorte que l'accusé pourra dans tous les cas choisir d'être jugé par un juge seul. Ces exceptions abolies, l'article 473 perdra toute utilité.

Pour justifier la compétence exclusive conférée aux juridictions criminelles supérieures à l'égard de certaines infractions, on fait généralement valoir que celles-ci revêtent une telle gravité que le procès devant jury s'impose, non seulement pour la protection de l'accusé, mais aussi dans l'intérêt public. L'argument n'est certes pas dénué de tout fondement. Mais il ne s'ensuit pas, selon nous, que les infractions énumérées à l'article 469 doivent systématiquement être jugées par un jury. Nous avons recommandé que le procureur général conserve le pouvoir d'exiger, en vertu de l'article 568 du *Code criminel*, un procès devant jury. L'exercice de ce pouvoir protégera l'intérêt public tout aussi bien que les dispositions de l'article 469, mais la décision pourra être prise au regard des faits de chaque affaire.

Dans le document de travail intitulé *La classification des infractions*, la Commission avait recommandé le maintien de la distinction établie à l'article 469[328], tout en envisageant la possibilité de supprimer à l'article 473 la disposition concernant le consentement obligatoire du poursuivant. Pour les raisons qui viennent d'être exposées, elle conclut maintenant que ce consentement ne devrait pas être requis; elle estime aussi que la façon la plus simple et la plus efficace de parvenir à ce résultat consiste à éliminer les exceptions prévues à l'article 469. C'est pourquoi elle revient sur la recommandation contenue dans le document de travail n° 54.

E. L'inculpation directe

1. Observations de nature générale

a) La situation actuelle

L'accusé que la loi autorise à choisir le mode du procès et qui décide de ne pas être jugé par une cour provinciale a normalement droit à une enquête préliminaire. Celle-ci permet avant tout de déceler avant l'étape du procès les poursuites qui sont mal fondées. Mais elle

328. *Op. cit.*, note 256, recommandation 21. Les articles 469 et 473 du *Code criminel* portaient alors les numéros 427 et 430.

a également d'autres fonctions, dont celle de donner à l'accusé l'occasion de connaître la preuve de la Couronne.

L'article 577 du *Code criminel* confère toutefois au procureur général le droit de procéder par inculpation directe (*preferred indictment*), soit lorsqu'il n'y a pas encore eu d'enquête préliminaire, soit lorsqu'il y en a eu une et que l'accusé a été libéré par la suite. Dans le second cas, l'épreuve de l'enquête préliminaire perd tout intérêt du point de vue de l'accusé et de l'administration de la justice; dans le premier, l'accusé est en outre privé de la communication de la preuve.

Cette procédure n'est pas fréquemment utilisée, mais elle n'en demeure pas moins une menace sérieuse. Un poursuivant l'a décrite en ces termes :

> Peu d'armes dans l'arsenal de la poursuite inspirent plus de craintes que l'inculpation directe. Elle prive le prévenu du choix relatif au mode de son procès. [. . .] Ce qui est plus significatif encore, dans un grand nombre de cas, l'affaire est jugée immédiatement sans l'avantage d'une enquête préliminaire et de la «découverte» de la preuve du ministère public qu'elle comporte. Par conséquent, les avantages technique [*sic*] pour la poursuite sont tristement évidents. Comme un avocat de la défense l'a exprimé : «Chaque fois que je pose une question devant le jury sur une inculpation directe, je me baisse instinctivement!» Bien d'autres questions dont les réponses sont inconnues à la défense ne sont jamais éclaircies[329].

Avant l'entrée en vigueur de la Charte, les tribunaux s'entendaient à toutes fins utiles pour reconnaître que la décision de procéder par inculpation directe échappe à tout contrôle judiciaire[330]. Depuis, ce pouvoir a fait l'objet de plusieurs contestations, pas très fructueuses. On a jugé que l'enquête préliminaire, si elle présente un intérêt certain pour l'accusé, n'est pas une condition essentielle pour qu'il subisse un procès en conformité avec les principes de justice fondamentale, pourvu qu'il existe d'autres mécanismes de communication de la preuve[331].

Les décisions du pouvoir exécutif peuvent toutefois être attaquées lorsqu'elles entraînent une véritable atteinte aux droits garantis par la Charte[332]. Ce principe est applicable lorsque le procureur général opte pour l'inculpation directe, à condition que cette

---

329. B. MACFARLANE et J. WEBSTER, «L'inculpation directe», dans V. DEL BUONO (dir.), *Procédure pénale au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1983, p. 371.

330. *Re Saikaly and The Queen* (1979), 48 C.C.C. (2d) 192 (C.A. Ont.); *Morgentaler* c. *La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, semble confirmer le jugement de première instance publié à [1973] C.S. 824. Voir toutefois *R.* c. *Lynch and D'Aoust* (1977), 36 C.C.C. (2d) 340 (H.C. Ont.), où le juge a conclu que les circonstances ayant entouré l'inculpation directe semblaient constituer un abus de la procédure du tribunal. Il a en fait suspendu l'inculpation jusqu'à ce que l'accusé ait l'occasion, dans une procédure apparentée à l'enquête préliminaire, de voir la preuve en raison de laquelle le procureur général avait décidé, malgré la libération, de procéder à l'inculpation directe.

331. *Re Regina and Arviv*, précité, note 105, et *R. c. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398 (C.A. Ont.). Voir aussi *Desbiens* c. *Procureur Général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2488 (C.S.).

332. *Operation Dismantle Inc.* c. *La Reine*, précité, note 90. Voir les observations sur cette question sous la rubrique «Le procureur général et les tribunaux», *supra*, p. 24.

décision, d'après les faits de l'affaire, viole des garanties constitutionnelles. Comme le faisait observer la Cour d'appel de l'Ontario dans une affaire récente,

> [TRADUCTION]
> Le pouvoir conféré au procureur général quant à l'inculpation directe s'accorde avec les principes de justice fondamentale et s'inscrit dans la vaste gamme de pouvoirs discrétionnaires dont les hauts responsables de l'application de la loi doivent être investis pour être en mesure de s'acquitter efficacement de leurs importantes obligations constitutionnelles. Dans l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires, le procureur général rend compte au Parlement ou à l'assemblée législative et ses décisions sont sujettes au contrôle de la juridiction compétente si elles portent atteinte à un droit constitutionnellement protégé[333].

b) Recommandations

27. Il y aurait lieu de laisser au procureur général le pouvoir de recourir à l'inculpation directe.

28. Le juge devrait avoir le pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures lorsqu'il a été démontré que l'inculpation directe constitue un abus de procédure.

Commentaire

Nous admettons qu'il est opportun de laisser au procureur général la faculté de recourir à l'inculpation directe dans certaines circonstances. Nous souscrivons aussi à l'argument suivant lequel ce pouvoir peut très bien s'inscrire dans un système tout à fait conforme aux règles de justice fondamentale.

Il ne faudrait pas conclure pour autant que les règles régissant à l'heure actuelle l'inculpation directe résistent à toute critique. Comme nous l'avons vu, l'inculpation directe peut être utilisée à deux étapes : avant l'enquête préliminaire et après la libération ordonnée à l'issue d'une enquête préliminaire. Nous étudierons successivement ces deux éventualités.

Il faut par ailleurs veiller à ce que le procureur général ait à rendre compte devant le tribunal de tout abus de pouvoir en cette matière. C'est pourquoi nous recommandons que, dans les rares cas où l'inculpation directe est abusive, le tribunal soit habilité à remédier à la situation[334]. L'ordonnance visant à mettre fin aux procédures remplirait la même fonction que, à l'heure actuelle, l'arrêt des procédures ordonné par le tribunal[335].

---

333. *R.* c. *Ertel*, précité, note 331, p. 415. Voir aussi *Re Regina and Arviv*, précité, note 105, *R.* c. *Moore* (1986), 26 C.C.C. (3d) 474 (C.A. Man.) et *Desbiens* c. *Procureur Général du Québec*, précité, note 331.

334. C'est uniquement dans des circonstances exceptionnelles que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire équivaudra à un abus de procédure : voir *R.* c. *Jewitt*, précité, note 118.

335. Nous comptons recommander l'établissement de cette ordonnance dans un document de travail à paraître sur les recours en matière pénale.

La Commission a recommandé, dans le document de travail intitulé *La classification des infractions*[336], que soit abolie la distinction entre les actes criminels et les infractions punissables par procédure sommaire. Dans une autre publication, *Le document d'inculpation*[337], elle proposait de substituer à la «dénonciation» et à l'«acte d'accusation» un seul et même document, tandis que dans le document ayant pour titre *Pour une cour criminelle unifiée*[338], elle a recommandé l'instauration d'une juridiction criminelle unique qui connaîtrait de toutes les poursuites. Ces recommandations, dont la mise en œuvre aurait une incidence sur les règles actuelles touchant l'enquête préliminaire et l'inculpation directe, conservent toute leur pertinence. Mais lorsqu'il est question d'inculpation directe dans le présent document, nous employons la terminologie actuelle et traitons des règles existantes; les propositions ici contenues sont faites sans égard au sort des recommandations antérieures de la Commission.

2. L'inculpation directe sans enquête préliminaire antérieure

a) La situation actuelle

De nombreuses raisons ont été invoquées pour justifier l'inculpation directe avant la tenue d'une enquête préliminaire, parmi lesquelles on peut citer les suivantes :

1. vu la notoriété de l'affaire, il est essentiel que le procès se tienne sans tarder[339];
2. l'affaire est longue et complexe, et concerne de nombreux accusés[340];
3. l'accusé entend perturber le déroulement de l'enquête préliminaire;
4. il y a lieu de craindre pour la sécurité des témoins à charge ou d'autres personnes concernées, et il importe que l'affaire soit réglée rapidement;
5. il faut instruire l'affaire le plus tôt possible pour préserver l'intégrité de la preuve du ministère public[341];

---

336. *Op. cit.*, note 256.

337. *Op. cit.*, note 285.

338. *Op. cit.*, note 321.

339. On trouvera des exemples dans *R.* c. *Parrot* (1979), 51 C.C.C. (2d) 539 (C.A. Ont.) (procès du président du syndicat des postiers, accusé d'avoir désobéi à une loi fédérale visant à mettre fin à une grève postale); *Morgentaler* c. *La Reine*, précité, note 330 (procès d'un médecin célèbre accusé d'avoir contrevenu aux dispositions sur l'avortement). Voir aussi *Desbiens* c. *Procureur Général du Québec*, précité, note 331, où le lecteur trouvera une liste des raisons invoquées pour le recours à l'inculpation directe.

340. *R.* c. *Biasi* (17 octobre 1980), non publié (C.S. C.-B.); observation du juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, citée dans MACFARLANE et WEBSTER, *loc. cit.*, note 329, p. 378.

341. Par exemple, lorsque les témoins sont très âgés et qu'ils risquent de ne plus être en état de déposer après une longue enquête préliminaire : *Re Stewart and The Queen (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281 (C.A. Ont.).

6. il faut éviter la multiplication des procédures[342];

7. il faut éviter les retards déraisonnables et il n'y a pas d'autre moyen pour ce faire[343].

Certaines de ces justifications nous semblent suspectes. Par exemple, l'une d'entre elles est fondée sur la notoriété de l'affaire. Or, si la notoriété justifiait l'inculpation directe, on aurait recours à cette technique dans les affaires où l'accusé est célèbre (pensons aux accusations portées contre le docteur Morgentaler), et l'on y renoncerait dans celles où tel n'est pas le cas, même lorsque les accusations sont tout aussi graves, voire davantage. Selon nous, la notoriété n'est pas une raison suffisante pour établir des distinctions entre les accusés; elle ne devrait pas justifier l'inculpation directe.

Par ailleurs, la complexité et la longueur de l'affaire peuvent en fait militer en faveur de la tenue d'une enquête préliminaire. Car dans le cas où celle-ci révélerait que la preuve n'est pas suffisante pour justifier que l'accusé soit traduit devant les tribunaux, on s'épargnerait la tenue d'un procès et l'on économiserait ainsi temps et argent. Au surplus, il n'est pas du tout évident que le fait de ne pas tenir d'enquête préliminaire soit un moyen efficace de faire instruire une affaire devant le tribunal. Car il peut très bien arriver, alors, que les avocats exigent et se voient accorder de longs ajournements pendant le procès pour être en mesure de réagir à la production d'éléments de preuve nouveaux et inattendus, qui leur auraient été communiqués s'il y avait eu une enquête préliminaire. Il est vrai que les procureurs de la Couronne veillent habituellement, en cas d'inculpation directe, à communiquer à la défense toute la preuve du ministère public, mais bien souvent, rien ne peut remplacer les renseignements obtenus par l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins sous serment[344].

D'autre part, le problème de l'accusé perturbateur ne semble pas très sérieux et le tribunal dispose dans la plupart des cas des pouvoirs voulus pour y remédier, sans qu'il faille recourir à l'inculpation directe. Il y aurait toutefois lieu de donner aux juges le pouvoir d'ordonner l'instruction du procès lorsque la conduite de l'accusé rend pratiquement impossible la tenue d'une enquête préliminaire[345]. Cette question sera traitée dans d'autres documents de travail de la Commission.

Quelques-unes de ces justifications ne sont toutefois pas sans fondement. Les poursuivants et les policiers consultés affirment qu'il est absolument essentiel dans certains cas de pouvoir passer rapidement à l'étape du procès, afin d'assurer la sécurité de témoins et d'autres personnes. On souligne le stress énorme subi par tout le monde lorsque les témoins

---

342. Lorsque, par exemple, l'un des deux accusés a déjà fait l'objet d'une enquête préliminaire et que l'on veut juger les deux ensemble, *R.* c. *Stolar* (1983), 4 C.C.C. (3d) 333 (C.A. Man.); ou lorsque l'accusé, ayant déjà été poursuivi, connaît l'essentiel de la preuve du ministère public, *Re Regina and Arviv*, précité, note 105.

343. MACFARLANE et WEBSTER, *loc. cit.*, note 329, p. 374, qui citent *Re Saikaly and The Queen*, précité, note 330.

344. *R.* c. *Grigoreshenko* (1945), 85 C.C.C. 129 (C.A. Sask.).

345. Il existe à l'heure actuelle un pouvoir analogue dans le cas du prévenu qui s'esquive : *Code criminel*, art. 544.

doivent être placés sous la protection de la police pendant une longue période, sans compter les coûts que cela implique.

Il faut aussi reconnaître que lorsque la tenue du procès se fait attendre, on risque de voir des témoins très âgés être incapables de déposer le moment venu[346]. Bien sûr, il est possible en vertu de l'article 715 du *Code criminel* d'utiliser au procès les dépositions faites à l'enquête préliminaire, lorsqu'il s'avère impossible de citer les témoins en question. Mais cette solution n'est pas satisfaisante lorsque des doutes existent sur le plan de la crédibilité.

Quant à l'affirmation selon laquelle la multiplication des procédures peut entraîner des pertes de temps et d'argent inutiles, il est difficile d'en apprécier le bien-fondé. La situation est susceptible de se présenter lorsqu'une personne est inculpée après qu'un coaccusé a subi son enquête préliminaire et a été renvoyé pour subir son procès. Le ministère public estimera sans doute que la tenue d'une seconde enquête préliminaire est un gaspillage de temps et d'argent, mais le nouvel accusé ne sera pas nécessairement d'accord. . . particulièrement lorsque ce n'est pas de sa faute s'il faut tenir une autre enquête[347].

Le motif fondé sur la nécessité d'éviter les retards déraisonnables pose également une difficulté. En fait, on demande à l'accusé de renoncer aux avantages de l'enquête préliminaire pour éviter une atteinte à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il n'en demeure pas moins que, selon les causes du retard et à la lumière d'autres éléments, cette justification pourra dans certains cas s'avérer acceptable.

Quoi qu'il en soit, et si légitimes que puissent être certaines des justifications avancées, une réforme s'impose. À l'heure actuelle, les autorités ne sont tenues de fournir aucune explication lorsqu'elles décident de recourir à l'inculpation directe. Il est donc difficile de savoir quel est le motif de la décision et d'en apprécier le bien-fondé. Une plus grande transparence comporterait d'indéniables avantages sur le plan de l'obligation de rendre compte.

b) Recommandations

29. Le procureur général devrait avoir la possibilité de recourir personnellement à l'inculpation directe même lorsque l'enquête préliminaire n'a pas encore eu lieu. Le tribunal saisi serait habilité à ajourner les procédures jusqu'à ce que l'accusé ait été informé de manière complète et équitable de la preuve du ministère public et ait reçu, lorsque le tribunal l'ordonne, des dépositions signées par les témoins.

30. Le procureur général devrait être tenu d'indiquer à l'accusé les raisons pour lesquelles il a recours à l'inculpation directe.

---

346. *Re Stewart and The Queen (No. 2)*, précité, note 341.

347. Il faut distinguer le cas où un coaccusé s'esquive, revient après que l'enquête préliminaire a pris fin et exige la tenue d'une autre enquête préliminaire, et celui où un accusé n'est inculpé qu'après la fin de l'enquête préliminaire du coaccusé. On trouvera un exemple de la seconde situation dans l'affaire *R.* c. *Stolar*, précitée, note 342.

31. Le procureur général devrait établir et publier les lignes directrices suivant lesquelles il déterminera dans quels cas il y a lieu de recourir à l'inculpation directe lorsqu'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire. Ces lignes directrices préciseraient d'une part que l'inculpation directe est une procédure exceptionnelle ne devant être employée que dans des circonstances extraordinaires, et d'autre part que le procureur général peut notamment tenir compte des considérations suivantes :

a) il y a lieu de craindre pour la sécurité des témoins à charge ou d'autres personnes concernées par la poursuite;

b) il y a lieu d'instruire l'affaire le plus tôt possible pour préserver la preuve de la Couronne;

c) il faut éviter de multiplier les procédures;

d) il n'y a pas d'autre moyen d'éviter des retards déraisonnables ou une prolongation indue des procédures.

Commentaire

Nous reconnaissons que le procureur général devrait avoir le pouvoir, dans certains cas, de recourir à l'inculpation directe sans qu'une enquête préliminaire ait été tenue. Mais il importe alors d'instituer certaines garanties en faveur de l'accusé. Le principal inconvénient pour ce dernier, lorsqu'il n'y a pas d'enquête préliminaire, consiste dans l'absence de communication de la preuve; le mécanisme d'ajournement décrit à la recommandation 29 vise à régler ce problème. Bien sûr, l'obtention de la transcription des dépositions ne saurait remplacer la possibilité d'observer et de contre-interroger les témoins, mais la communication intégrale de la preuve diminue sensiblement le préjudice subi par l'accusé. C'est particulièrement vrai lorsque ce dernier reçoit des déclarations signées à propos desquelles il pourra contre-interroger les témoins au procès. La Commission a déjà souligné la nécessité de rendre plus efficace la communication de la preuve du ministère public[348]; c'est dans cette optique que s'inscrivent les présentes recommandations.

Nous reconnaissons également que dans certains cas, la communication intégrale de la preuve du ministère public pourra se faire d'autres façons. Par exemple, si un accusé a déjà participé à une enquête préliminaire, la personne ultérieurement poursuivie dans le cadre de la même affaire pourra obtenir tous les renseignements dont elle a besoin — ou presque tous — en consultant la transcription.

Nous proposons que ce pouvoir ne puisse être exercé que par le procureur général en personne. Nous avons souligné, au sujet du pouvoir conféré au poursuivant d'imposer le procès devant jury, que le fait d'exiger l'intervention personnelle du procureur général favorise la modération et garantit que le recours à des procédures exceptionnelles demeure chose rare. Il nous semble raisonnable, dans ces conditions, de substituer ainsi la responsabilité politique au contrôle judiciaire. Or, le pouvoir dont il est question ici devant

348. Voir CRD, *La communication de la preuve par la poursuite*, Rapport n° 22, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, notamment pp. 25-27.

lui aussi n'être utilisé qu'avec la plus grande circonspection, il ne nous paraît pas opportun de l'attribuer à tous les poursuivants.

Par ailleurs, le procureur général devrait à notre avis être tenu de motiver sa décision de recourir à cette procédure exceptionnelle. Sans doute peut-il dans certains cas s'avérer très difficile de fournir des explications sans faire courir aux témoins ou à d'autres personnes des risques plus grands encore. Mais on nous a affirmé que cela se produit très rarement et que la plupart du temps, l'accusé est informé des motifs de l'inculpation directe même dans ces circonstances délicates.

Enfin, nous proposons à la recommandation 31 l'établissement de lignes directrices qui aideraient le procureur général à déterminer dans quels cas l'inculpation directe est opportune. Nous n'avons pas retenu, parmi les principaux motifs susceptibles de justifier le recours à cette procédure, la gravité de l'infraction ni les pressions des citoyens en vue d'un procès rapide. En effet, les revendications du public, pas plus que les pressions politiques, ne constituent à proprement parler des éléments qui devraient influer sur le déroulement de la poursuite. Nous avons plutôt tenté d'isoler les raisons susceptibles de rendre opportun le recours à ce pouvoir extraordinaire. Elles ne nécessitent pour la plupart pas d'explications. La troisième —soit la volonté d'éviter la multiplication des procédures — devrait pouvoir être invoquée uniquement lorsqu'une personne a déjà bénéficié d'une enquête préliminaire et qu'une autre personne est accusée ultérieurement relativement aux mêmes faits.

3. L'inculpation directe après la libération de l'accusé au terme de l'enquête préliminaire

a) La situation actuelle

L'inculpation directe d'une personne qui a été libérée au stade de l'enquête préliminaire suscite divers problèmes. L'accusé, dans ce cas, ne s'est pas vu refuser l'occasion de connaître la preuve de la Couronne. Mais il subit quand même un autre préjudice : un juge a conclu que la preuve ne justifiait pas qu'il soit traduit en justice, et il se voit malgré cela imposer un procès. . .

Deux raisons principales sont habituellement invoquées pour justifier le recours à l'inculpation directe dans de telles circonstances. Premièrement, la Couronne peut faire valoir que le juge a commis une erreur de droit à l'enquête préliminaire et que l'accusé n'aurait pas dû être libéré. Deuxièmement, elle peut prétendre que de nouveaux éléments de preuve ont été portés à sa connaissance, qui auraient entraîné la tenue d'un procès s'ils avaient été présentés à l'enquête préliminaire.

À l'appui de la première raison, on souligne que la décision du juge de paix de libérer le prévenu à l'issue de l'enquête préliminaire n'est pas susceptible d'appel. La seule voie de recours consiste à demander à la cour supérieure un bref de *certiorari* pour faire casser cette décision. Or la cour supérieure n'interviendra qu'en cas d'erreur ressortissant à la

compétence, par exemple lorsque le juge a rejeté à tort des éléments de preuve[349]. Elle examinera alors la preuve pour déterminer si ce dernier aurait pu, légitimement, ordonner que l'accusé subisse un procès[350].

Il est quand même bizarre, convenons-en, que le procureur général puisse interjeter appel si l'accusé est acquitté mais pas s'il est libéré à l'issue de l'enquête préliminaire, alors que cette décision met concrètement un terme aux procédures[351]. Il paraît donc tout à fait opportun d'établir un mécanisme permettant de mettre en doute le bien-fondé de la libération ordonnée par le juge de paix dans de telles circonstances. Mais l'inculpation directe est-elle la solution appropriée ? Cela n'est pas certain.

Le recours à l'inculpation directe lorsque l'on découvre de nouveaux éléments de preuve après l'enquête préliminaire pose davantage de problèmes[352]. Il importe de distinguer le cas où il s'agit véritablement de nouveaux renseignements et celui où la preuve présentée a été jugée insuffisante parce que le poursuivant, pour des raisons tactiques, a décidé de ne pas présenter certains éléments de preuve ou encore s'est abstenu de recueillir tous ceux qui étaient à sa disposition[353]. Permettre dans ce dernier cas à la Couronne de recourir à l'inculpation directe serait à notre avis tout à fait inacceptable et équivaudrait à un abus de procédure. Mais lorsque des éléments de preuve véritablement nouveaux sont découverts, l'intérêt de la justice exige que les procédures se poursuivent. Sinon, on se trouverait à conférer à la libération ordonnée à l'issue de l'enquête préliminaire un caractère définitif dont elle est actuellement dépourvue[354].

---

349. L'affaire *Dubois* c. *La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366 est l'un des seuls cas où la Couronne a réussi à faire annuler une libération ordonnée au terme de l'enquête préliminaire. Le juge qui présidait l'enquête préliminaire avait non seulement appliqué un critère erroné quant à l'appréciation de la preuve, mais il avait voulu rejeter l'inculpation, comme s'il présidait un procès.

350. *Skogman* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93. Le critère appliqué demeure très rigoureux : les éléments de preuve présentés au juge de paix qui présidait l'enquête lui permettaient-ils de conclure judiciairement que la preuve était suffisante pour renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès sous le chef d'inculpation ? Voir *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1977), 41 C.C.C. (2d) 308, p. 340 (C.A. Ont.); confirmé par [1978] 2 R.C.S. 511.

351. L'article 676 du *Code criminel*, qui confère des droits d'appel au procureur général, ne prévoit pas d'appel contre une libération prononcée au terme de l'enquête préliminaire.

352. Sur la question des «nouveaux» éléments de preuve, voir *Palmer* c. *La Reine*, précité, note 267 et *R.* c. *Stolar*, précité, note 342.

353. Voir *R.* c. *Lynch and D'Aoust*, précité, note 330.

354. Il n'y a pas unanimité sur la question de savoir si la Couronne peut faire une nouvelle dénonciation, identique, après une libération ordonnée au terme de l'enquête préliminaire. Certaines décisions répondent par l'affirmative : *R.* c. *Ewanchuk*, [1974] 4 W.W.R. 230 (C.A. Alb.), confirmé par [1976] 2 W.W.R. 576n (C.S.C.). Toutefois, on a dans certains cas vu dans cette façon de faire un abus de procédure — lorsqu'aucun élément de preuve nouveau n'a été obtenu : voir *R.* c. *Dunlop* (1976), 37 C.R.N.S. 261 (C.P. C.-B.) et *Re Sheehan and The Queen* (1973), 14 C.C.C. (2d) 23 (H.C. Ont.).

b) Recommandations

32. Lorsqu'une enquête préliminaire a été tenue et que l'accusé a été libéré, l'inculpation directe devrait être interdite à moins qu'un juge de la cour qui serait saisie de l'affaire n'y consente. Le juge ne donnerait ce consentement que s'il est convaincu, après avoir entendu les observations des parties, que l'accusé a été libéré en trompant l'administration de la justice ou par suite d'une erreur de droit faite par le juge qui présidait l'enquête.

33. Lorsqu'un accusé a été libéré à l'issue d'une enquête préliminaire et qu'un élément de preuve nouveau est par la suite découvert, le poursuivant devrait pouvoir demander au juge qui a présidé l'enquête — ou, si cela est impossible, à un autre juge de la même cour — de la rouvrir. Le juge pourra ordonner la réouverture de l'enquête s'il a été établi que les conditions suivantes sont réunies :

a) **la demande a été présentée dans un délai raisonnable après la libération;**

b) **il aurait été impossible, avec toute la diligence raisonnable, de présenter l'élément de preuve en question au cours de l'enquête préliminaire;**

c) **l'élément de preuve porte sur une question décisive, ou susceptible de s'avérer décisive;**

d) **l'élément de preuve est raisonnablement susceptible d'être cru;**

e) **ajouté aux autres éléments présentés à l'enquête préliminaire, l'élément de preuve aurait vraisemblablement pu influer sur la décision rendue.**

Commentaire

Lorsque, une fois terminée l'enquête préliminaire, un juge a conclu que la preuve n'est pas suffisante pour justifier la tenue d'un procès, on ne saurait passer outre à sa décision à la légère. L'accusé qui est renvoyé pour subir son procès doit quant à lui se soumettre à une décision défavorable; pourquoi sa libération serait-elle susceptible d'être attaquée par la Couronne ? La Commission estime donc que le poursuivant ne devrait pas jouir du droit absolu de s'opposer à la libération ordonnée à l'issue de l'enquête préliminaire.

Il y a bien entendu une différence importante entre les deux éventualités : le fait d'ordonner que l'accusé soit traduit en justice n'est pas censé constituer une décision définitive; il lui sera encore possible d'établir son innocence au procès, de sorte que l'éventuelle erreur commise à l'enquête préliminaire pourra être rectifiée. En revanche, s'il est impossible de faire contrôler le bien-fondé de la libération, les procédures prendront fin aussitôt. D'aucuns estiment donc qu'un mécanisme de contrôle devrait être prévu.

La nécessité d'un tel mécanisme ne justifie pas, cependant, que l'on permette purement et simplement à la Couronne de passer outre à la décision du juge. Dans la recommandation 32, nous proposons donc que le ministère public ait la possibilité de demander à un juge de la cour où aurait lieu le procès l'autorisation de recourir à l'inculpation

directe. Cette autorisation sera accordée si le poursuivant établit que la décision rendue à l'enquête préliminaire se fonde sur un principe juridique erroné[355] ou résulte d'une tromperie de la part de l'accusé. Il ne s'agit pas d'un appel, car à proprement parler la décision ne sera pas infirmée. Mais le résultat sera à peu près le même : la Couronne aura alors toute latitude pour recourir à l'inculpation directe et forcer l'accusé à subir un procès.

D'une manière générale, nous tenons à une nette séparation des pouvoirs discrétionnaires conférés à la poursuite et à la magistrature. Le mécanisme proposé dans la recommandation 32 ne contrevient pas à ce principe, d'après nous. Certes, l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à la Couronne est ici subordonné à l'obtention d'une autorisation judiciaire, mais ce droit de regard est exercé une fois qu'une décision judiciaire a déjà été rendue. Il s'agit en fait d'une vérification du bien-fondé de cette décision.

Nous aurions pu recommander simplement que la libération ordonnée à l'enquête préliminaire soit susceptible d'appel, ce que du reste préconisaient certaines des personnes consultées. Mais d'autres croyaient qu'à la limite, il pourrait s'avérer nécessaire de permettre aussi l'appel à l'égard d'une décision défavorable à l'accusé. Or d'après ces personnes — et nous souscrivons à leur point de vue — cela ne serait pas souhaitable, les éventuels retards ainsi provoqués dans le processus pénal n'étant pas compensés par des avantages sensibles. Il nous semble au surplus que la décision de faire instruire le procès malgré la libération ordonnée par le juge relève de la responsabilité attribuée au procureur général quant à la surveillance du système de justice pénale. Nous recommandons donc le maintien de ce pouvoir, en tant que prérogative du procureur général; son exercice serait toutefois subordonné à un certain contrôle judiciaire.

Suivant nos recommandations, il ne serait pas nécessaire que la décision soit prise par le procureur général en personne. Le recours à l'inculpation directe dans de telles circonstances ne saurait devenir habituel, et ce pouvoir ne devrait pas être conféré sans restrictions à tout poursuivant. Nous estimons toutefois que la modération sera adéquatement assurée par l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire.

Certains tiennent pour primordial que le procureur général conserve le droit absolu d'ordonner personnellement l'inculpation directe, dans des circonstances exceptionnelles et à l'égard de crimes graves, si les intérêts de la justice l'exigent. Lorsque l'accusé a été libéré par suite d'une tromperie commise aux dépens du système judiciaire — ou encore à cause d'une négligence, d'une erreur ou d'une omission de la part du procureur de la Couronne dans le déroulement de l'enquête préliminaire — il serait opportun, fait-on valoir, que le procureur général soit investi d'un tel pouvoir.

Nous ne partageons pas ce point de vue. La libération peut en ce moment être attaquée par les voies de recours extraordinaires dans les cas où l'on constate que la justice a été trompée. Et pour simplifier le processus, nous recommandons que ce motif figure

---

355. Rappelons à cet égard la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R.* c. *Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, suivant laquelle le motif d'appel prévu au sous-alinéa 686(1)*a*)(i) du Code (l'ancien al. 613(1)a)(i)), à savoir le fait que le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, soulève une question de droit.

expressément parmi ceux qui peuvent amener le juge à autoriser l'inculpation directe. Mais les éventuelles erreurs commises par le procureur de la Couronne au cours de l'enquête préliminaire ne devraient pas selon nous constituer un motif pour procéder à l'inculpation directe, pas plus que le poursuivant ne devrait être en droit d'exiger la tenue d'un nouveau procès lorsqu'il a mal plaidé sa cause. La Couronne ne doit pas être autorisée à tirer parti de ses propres erreurs.

La découverte de nouveaux éléments de preuve après la libération devrait à notre sens permettre la reprise des procédures contre l'accusé, mais non le recours à l'inculpation directe — d'où la recommandation 33.

La difficulté que suscite la découverte de nouveaux éléments de preuve lorsqu'une décision judiciaire a déjà été rendue ne se pose pas seulement à propos de l'enquête préliminaire. Il peut aussi arriver que la défense ou le ministère public veuille soumettre à une juridiction d'appel des éléments obtenus après le procès. Les tribunaux ont eu l'occasion de préciser les règles applicables en l'occurrence[356].

La Couronne devrait selon nous être habilitée à demander la réouverture de l'enquête préliminaire lorsque de nouveaux éléments de preuve sont découverts. La demande serait faite au juge qui a présidé l'enquête : les faits de l'affaire lui seront déjà familiers. Si cela est impossible, elle pourra l'être à un autre juge de la même juridiction, qui devrait bien connaître la procédure de l'enquête préliminaire. Nous précisons les conditions qui doivent être réunies pour que le juge puisse autoriser la réouverture; similaires à celles qui régissent les demandes visant à la production de nouveaux éléments de preuve à l'étape de l'appel, elles ne nécessitent aucune explication.

F. L'interruption des poursuites

1. Considérations d'ordre général

a) La situation actuelle

Les poursuites pénales, intentées au nom de la Reine, concernent par définition quelque chose de plus sérieux qu'un préjudice individuel, même lorsqu'elles sont le fait d'un poursuivant privé[357]. Elles ont toutes une incidence sur l'intégrité du système. Il est donc important qu'une autorité ait la responsabilité de surveiller la façon dont elles sont exercées; le souci d'empêcher des abus ou des injustices exigera parfois l'arrêt des procédures.

---

356. Voir *Palmer* c. *La Reine*, précité, note 267.

357. De nos jours, on considère généralement que la fonction du droit pénal consiste dans la réparation de préjudices causés à la société, même lorsqu'au départ le préjudice est individuel. Il n'en a pas toujours été ainsi; en 1955, Glanville WILLIAMS écrivait : [TRADUCTION] «Pour les tribunaux, la victime du crime jouit en priorité du droit d'intenter une poursuite», dans «The Power to Prosecute», [1955] *Crim. L.R.* 596, p. 597. Voir également *Les poursuites privées*, *op. cit.*, note 70.

À l'heure actuelle, la Couronne peut mettre un terme à une poursuite de trois façons différentes : le poursuivant peut retirer les accusations; le procureur général ou le «procureur mandaté par lui à cette fin» peut arrêter les procédures en vertu de l'article 579; enfin, le poursuivant peut s'abstenir de produire quelque preuve concernant l'inculpation et ainsi provoquer l'acquittement. Chacun de ces mécanismes a des effets différents sur le plan juridique.

Une fois retirées, les accusations ne peuvent être réactivées — il faut absolument procéder à une nouvelle inculpation[358]. Et si le délai de prescription est alors expiré, toute poursuite est exclue. Sous nombre d'autres aspects, les conséquences de ce retrait ne sont pas très claires. D'après certaines décisions judiciaires, le législateur aurait implicitement aboli le droit de retirer les accusations en instaurant dans le *Code criminel* des dispositions régissant l'arrêt des procédures; la pratique demeure pourtant bel et bien vivante[359]. Il vaut sans doute mieux conclure que le poursuivant jouit du droit absolu de retirer les accusations avant le plaidoyer[360]; après l'enregistrement de celui-ci au procès, ou lorsque des dépositions ont été faites à l'enquête préliminaire, il semble toutefois qu'elles ne puissent être retirées qu'avec le consentement du juge saisi[361]. Quoi qu'il en soit, les conséquences juridiques demeurent imprécises. Lorsque le retrait se produit avant le plaidoyer de l'accusé, celui-ci n'est pas recevable à invoquer le moyen de défense d'autrefois acquit en cas de nouvelle inculpation. Qu'en est-il lorsqu'il a lieu après le plaidoyer mais avant le début de l'instruction ? Le moyen de défense d'autrefois acquit paraît également exclu. Signalons toutefois que la Cour suprême du Canada n'a encore statué explicitement sur aucun cas où le retrait avait eu lieu après le début de l'instruction[362].

L'arrêt des procédures remplace le pouvoir de *nolle prosequi* prévu par la common law. L'une des différences notables entre l'arrêt des procédures et le retrait des accusations tient au fait que le premier ne nécessite le consentement du tribunal à aucun stade. Son effet est semblable à celui du retrait effectué avant le plaidoyer : il ne permet pas à l'accusé d'invoquer par la suite le moyen d'autrefois acquit[363]. Mais — différence importante — il

---

358. *R.* c. *Karpinski*, [1957] R.C.S. 343; *R.* c. *Leonard, Ex parte Graham* (1962), 133 C.C.C. 230 (C.S. Alb. 1re inst.).

359. *R.* c. *Taylor* (1974), 19 C.C.C. (2d) 79 (C.P. Ont.); *R.* c. *Grocutt* (1977), 35 C.C.C. (2d) 76 (C.S. Alb. 1re inst.).

360. *Re Forrester and The Queen*, précité, note 106; *R.* c. *Grocutt*, précité, note 359; *Re Blasko and The Queen*, précité, note 252; *R.* c. *Dick*, précité, note 250.

361. Certains tribunaux établissent cependant une distinction entre les cas où des témoignages ont été entendus et ceux où un plaidoyer a été enregistré. Outre les décisions mentionnées à la note 360, voir *R.* c. *Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242 (C.A. Ont.). Selon nous, il ressort clairement de l'arrêt *R.* c. *Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380, que ce qui importe, c'est l'enregistrement d'un plaidoyer et non l'assignation de témoins. Nous estimons en outre que les tribunaux concluraient vraisemblablement que si le consentement du juge du procès est requis, ce serait après l'enregistrement du plaidoyer, et qu'ils n'exigeraient pas en outre que des témoins aient été assignés.

362. *R.* c. *Selhi* (1985), 18 C.C.C. (3d) 131 (C.A. Sask.); confirmé par la Cour suprême du Canada le 2 mars 1990.

363. *R.* c. *Tateham* (1982), 70 C.C.C. (2d) 565 (C.A. C.-B.). Le moyen d'autrefois acquit et des questions connexes feront l'objet d'une étude approfondie de la part de la Commission dans un document de travail à venir sur le plaidoyer, les moyens de défense spéciaux et le verdict.

permet de reprendre les procédures «sans nouvelle dénonciation ou sans nouvel acte d'accusation» si avis est donné de la reprise dans l'année qui suit l'arrêt ou «avant l'expiration du délai dans lequel les procédures auraient pu être engagées, si ce délai expire le premier». Après, les procédures sont réputées ne jamais avoir été engagées. La Couronne — ou le poursuivant privé — peut aussi, avant la prescription, intenter de nouvelles procédures en faisant une autre dénonciation[364]. Cela signifie sans doute que l'arrêt des procédures ordonné en vertu de l'article 579 n'interrompt pas le cours de la prescription.

Lorsque par ailleurs le poursuivant renonce tout simplement à présenter des éléments de preuve, les procédures ne sont pas interrompues; elles trouvent immédiatement leur conclusion, l'acquittement étant prononcé parce que le bien-fondé des accusations n'a pu être prouvé. On parle parfois dans ce cas d'un «acquittement pour défaut de poursuivre», ce qui donnerait à penser qu'une distinction doit être faite avec l'acquittement prononcé «sur le fond». Mais en réalité il s'agit d'un acquittement semblable à tous les autres[365].

Aucune règle ne semble présider au choix d'une méthode plutôt que de l'autre, si ce n'est que dans la plupart des provinces on tient l'arrêt des procédures pour un mécanisme plus formel, dont l'emploi doit normalement être autorisé par le bureau du procureur général[366]. Le retrait des accusations est quant à lui considéré comme une procédure relativement simple. On y recourt couramment pour donner suite à une «entente sur le plaidoyer»[367], lorsque des accusations font double emploi ou encore pour mettre fin à des poursuites à la demande du dénonciateur ou du poursuivant.

Chacun de ces pouvoirs peut être exercé afin de faire définitivement cesser la poursuite, mais là n'est pas leur unique fonction. Car, tout au moins dans le cas de l'arrêt des procédures

---

364. *R.* c. *Judge of the Provincial Court, Ex parte McLeod*, [1970] 5 C.C.C. 128 (C.S. C.-B.); *Regina ex rel. McNeil* c. *Sanucci* (1974), 28 C.R.N.S. 223 (C.P. C.-B.)

365. Dans l'arrêt *R.* c. *Riddle*, précité, note 361, le juge Dickson a étudié la possibilité de prononcer un verdict d'autrefois acquit lorsque l'accusation a été rejetée parce qu'aucune preuve n'a été présentée. Il a déclaré, aux pp. 398-399 :

> Il suffit que l'affaire soit allée jusqu'au verdict et au rejet. [. . .] L'expression «sur le fond» n'ajoute rien au critère d'application de la maxime *bis vexari*. Rien dans le *Code* ou dans la *common law* ne justifie l'exigence additionnelle qu'il doit y avoir eu un procès «sur le fond».

Par contre, l'article 485.1 du *Code criminel* (inséré après l'arrêt *Riddle*) exige le consentement personnel du procureur général ou du sous-procureur général pour la présentation d'une nouvelle dénonciation à la suite d'un rejet prononcé en raison d'un défaut de poursuivre, ce qui semblerait indiquer qu'une nouvelle dénonciation n'est pas exclue.

366. Tout dépend de la province. En Ontario, les substituts du procureur général demanderont normalement des directives au bureau du procureur général (mais non pas à celui-ci personnellement) avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Dans d'autres provinces, notamment dans celles où l'on a couramment recours à cette procédure (plutôt qu'au retrait des accusations), aucune directive spéciale n'est nécessaire : voir *R.* c. *McKay* (1979), 9 C.R. (3d) 378 (C.A. Sask.).

367. La Commission a proposé l'utilisation de ce terme plus neutre pour remplacer celui de «marchandage de plaidoyer», revêtu d'un sens quelque peu péjoratif : voir CRD, *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*, Document de travail n° 60, Ottawa, La Commission, 1989.

et du retrait des accusations, on peut aussi s'en prévaloir pour suspendre des procédures que l'on a l'intention de reprendre plus tard[368]. Toutefois, l'objectif est alors bien différent. Lorsque le poursuivant souhaite mettre fin définitivement aux procédures, ce sera pour respecter les termes d'une entente sur le plaidoyer, à cause de l'insuffisance de la preuve, ou encore parce que l'inculpation semble inopportune pour des raisons humanitaires ou liées à l'intérêt public; autrement dit, parce qu'il n'y a pas lieu de donner suite à l'inculpation. Mais lorsqu'il veut une simple suspension temporaire, c'est pour des raisons diamétralement opposées : l'affaire doit être instruite, mais cela est impossible pour le moment. Le pouvoir d'interrompre définitivement les poursuites est nécessaire pour que le procureur général conserve un droit de regard sur les poursuites pénales en général, tandis que le pouvoir de suspension momentanée n'est requis qu'à l'égard des poursuites individuelles.

Tout le monde s'entend sur la nécessité de clarifier et de simplifier le droit dans ce domaine, les consultations tenues par la Commission l'ont confirmé. Aucune raison impérieuse ne justifie selon nous la coexistence de deux mécanismes distincts visant à mettre définitivement fin aux procédures. Par ailleurs, il importe que l'on sache clairement, chaque fois qu'une poursuite est interrompue, s'il s'agit d'une simple suspension ou si la mesure est définitive.

b) Recommandations

34. Il y aurait lieu d'abolir le pouvoir d'arrêt des procédures conféré au procureur général par le *Code criminel*, ainsi que tout pouvoir de retrait des accusations prévu par la common law. Le législateur devrait à la place attribuer au procureur général le pouvoir d'ordonner l'interruption temporaire ou définitive de la poursuite.

35. L'arrêt définitif empêcherait toute poursuite ultérieure contre l'accusé relativement aux chefs d'accusation visés par l'ordonnance ou à un crime correspondant sensiblement à celui qui est visé par l'ordonnance.

36. La suspension n'empêcherait pas la reprise, dans le délai approprié, des procédures contre l'accusé relativement aux accusations visées par l'ordonnance ou à un crime correspondant sensiblement à celui qui est visé par l'ordonnance.

37. (1) La nature de l'ordonnance — suspension ou arrêt définitif — devrait y être clairement indiquée.

(2) Lorsque la poursuite a été suspendue et que les procédures ne sont pas reprises dans le délai approprié, la suspension deviendrait définitive.

---

368. Le retrait des accusations comme l'arrêt des procédures se distinguent de l'ajournement. Celui-ci entraîne simplement la suspension momentanée des procédures, tandis que si l'on utilise l'une ou l'autre des deux autres techniques sans avoir l'intention de mettre un terme définitif aux poursuites, il faudra tout reprendre depuis le début. Après l'arrêt des procédures, la Couronne ne peut simplement recommencer le procès où il en était.

Commentaire

Le pouvoir d'ordonner la suspension ou l'arrêt définitif de toute poursuite est d'après nous inhérent à la fonction de surveillance des poursuites attribuée au procureur général. La possibilité d'un arrêt définitif est indispensable, d'une part pour que le procureur général ait un droit de regard sur les poursuites publiques et d'autre part pour que chaque poursuivant public puisse empêcher qu'il soit donné suite à des inculpations inopportunes. Suivant nos propositions, le poursuivant peut déconseiller aux policiers de porter des accusations mais ne peut les en empêcher. Or, lorsque le poursuivant estime que la preuve est insuffisante pour donner lieu à une condamnation ou que la poursuite est inopportune pour quelque autre motif, il doit être en mesure d'y mettre fin de manière définitive.

Il arrive souvent par ailleurs que l'on ne puisse immédiatement donner suite à l'inculpation, sans qu'il y ait lieu pour autant d'arrêter définitivement la poursuite. Ce sera le cas lorsqu'il est temporairement impossible d'obtenir un élément de preuve crucial — la déposition d'un témoin, par exemple. Le procureur général devrait, pensons-nous, être alors autorisé à certaines conditions à ordonner la suspension de la poursuite.

À l'heure actuelle, il existe plusieurs façons d'interrompre des poursuites — que ce soit temporairement ou définitivement —, ce qui est source de confusion. L'effet juridique d'une telle mesure ne devrait selon nous laisser aucun doute; or ce n'est pas ce qui se passe. L'arrêt des procédures est tantôt permanent, tantôt temporaire; les accusations retirées peuvent tantôt être portées de nouveau, tantôt non. Nous préconisons donc l'établissement de deux mécanismes distincts : d'une part l'arrêt définitif de la poursuite, et d'autre part la simple suspension, qui permettra de reprendre les procédures plus tard.

L'arrêt définitif empêche toute autre poursuite contre l'accusé relativement aux mêmes accusations; autrement dit, il permet d'invoquer le moyen de défense d'autrefois acquit. En plus, nous proposons que l'effet s'étende aux accusations qui correspondent sensiblement à celles qui sont visées par l'ordonnance, par souci de cohérence avec le point de vue que la Commission défendra sur le principe de l'autorité de la chose jugée dans son document de travail à paraître sur le plaidoyer, les moyens de défense spéciaux et le verdict.

L'arrêt définitif ne peut avoir lieu qu'à la demande de la Couronne. Il se distingue de l'ordonnance que le tribunal pourra rendre d'office ou à la demande de la défense pour mettre fin à une poursuite, suivant une proposition de la Commission[369], lorsque la continuation des procédures constituerait un abus ou causerait un préjudice irrémédiable à l'accusé.

La suspension ne peut elle aussi être ordonnée que par le poursuivant. Il se prévaudra de ce pouvoir lorsque la Couronne souhaite l'interruption de la poursuite mais entend revenir à la charge plus tard avec des accusations identiques ou similaires. Ce mécanisme ressemble donc, sous cet angle, à celui qui est actuellement prévu au *Code criminel*, mais il ne pourra être utilisé que lorsqu'on a véritablement l'intention de reprendre les procédures.

369. La Commission entend recommander l'établissement de cette ordonnance dans un document de travail à paraître.

Afin que l'effet de l'ordonnance soit parfaitement clair, le ministère public serait tenu d'indiquer expressément si la poursuite est arrêtée de manière définitive ou est simplement suspendue.

Nous n'avons présenté aucune recommandation concernant l'arrêt ordonné par suite d'un défaut de poursuivre. Concrètement, il serait impossible d'abolir cette pratique, que de toute façon nous ne voyons pas la nécessité de supprimer.

Comme nous l'avons vu, le fait de ne présenter aucune preuve entraîne l'acquittement de l'accusé. Habituellement, on ne fait pas la distinction entre l'absence totale de preuves et la présentation de preuves qui n'établissent pas hors de tout doute raisonnable la culpabilité[370]. La pratique en question a donc un résultat clair, dépourvu de toute ambiguïté.

Soulignons simplement que le rejet de l'accusation pour «défaut de poursuivre» est une solution moins satisfaisante que l'arrêt définitif de la poursuite, puisqu'il aura fallu pour y arriver utiliser inutilement les ressources du tribunal et retarder ainsi l'instruction d'autres causes. Il serait donc à notre avis préférable, lorsque le ministère public sait à l'avance qu'il ne donnera pas suite aux accusations, d'ordonner l'arrêt définitif le plus tôt possible.

Selon le droit actuel, les procédures relatives à la dénonciation ou à l'acte d'accusation prennent fin si elles n'ont pas été reprises dans l'année qui suit l'arrêt; le *Code criminel* ne précise pas, toutefois, s'il est permis d'engager des procédures à partir d'une *nouvelle* dénonciation ou d'un *nouvel* acte d'accusation. Logiquement, ce ne devrait pas être possible, car sinon pourquoi le législateur aurait-il fixé ce délai d'un an ? Il n'est toutefois pas certain que le principe de l'autorité de la chose jugée empêche toute nouvelle poursuite[371]. Le texte de la recommandation établit clairement que si les procédures ne sont pas reprises avant l'expiration du délai prévu, le poursuivant est forclos. La question de la prescription est traitée à la recommandation 43.

Certaines des personnes consultées se sont dites d'avis que, outre les pouvoirs proposés ici, le tribunal devrait se voir conférer celui de prononcer un acquittement plutôt qu'une simple interruption des procédures, fût-elle définitive. Il pourrait arriver à l'occasion, fait-on valoir, que l'accusé ne se satisfasse pas d'un tel arrêt et tienne à être acquitté en bonne et due forme.

L'attribution d'un tel pouvoir nous paraît cependant inutile. Fondamentalement, l'acquittement clôt les débats en faveur de l'accusé, qui ne pourra plus être poursuivi sur la base des mêmes faits. Or, l'arrêt définitif de la poursuite a exactement le même effet. Soulignons aussi qu'il traduit la volonté de la part de la Couronne de n'engager aucune autre poursuite contre l'accusé. Peut-être ne s'agit-il pas d'un verdict d'innocence rendu par le

370. Voir la note 365, *supra*.

371. L'article 579 du Code énonce que lorsque les procédures ne sont pas reprises dans l'année qui suit, elles «sont réputées n'avoir jamais été engagées». Dans l'arrêt *R.* c. *Riddle*, précité, note 361, la Cour suprême a toutefois indiqué que le plaidoyer d'autrefois acquit ne pouvait être invoqué que si «l'affaire [est] allée jusqu'au verdict et au rejet». Dans l'affaire *R.* c. *Tateham*, précitée, note 363, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a pour sa part jugé que le moyen d'autrefois acquit ne pouvait être invoqué lorsque de nouvelles procédures ont été engagées après un arrêt; en l'occurrence, toutefois, le délai d'un an n'était pas expiré.

tribunal, mais le geste a plus de poids que, par exemple, la décision de la part d'un poursuivant privé de ne pas donner suite aux procédures : la décision de la Couronne revêt en effet un caractère plus «officiel».

2. L'arrêt définitif de la poursuite

a) La méthode utilisée et le moment choisi

(i) Considérations d'ordre général

La principale distinction entre le retrait des accusations et l'arrêt de la poursuite consiste dans le fait que le consentement du tribunal n'est jamais requis dans le second cas : la Couronne peut à son gré ordonner l'arrêt des procédures, qu'elle ait ou non l'intention de les reprendre.

Cela tient principalement au fait que le ministère public se trouve alors à exercer son droit de regard en matière de poursuites. Le procureur général et ses substituts doivent veiller à utiliser le plus efficacement possible les ressources judiciaires. Or dans certains cas, leur rôle de surveillance exigera l'arrêt des procédures. C'est pourquoi le pouvoir d'ordonner une telle mesure, à l'instar de l'ancien pouvoir de *nolle prosequi* d'où il tire son origine, n'est pas subordonné à l'autorisation du tribunal.

Le pouvoir discrétionnaire conféré au procureur général en matière d'arrêt des procédures pourrait très bien comporter des restrictions touchant le moment où il peut être exercé, mais ce n'est pratiquement pas le cas à l'heure actuelle. En effet, l'ordonnance peut être rendue en tout état de cause avant le jugement. L'arrêt des procédures pourrait donc être ordonné après que le juge a donné au jury l'instruction de prononcer un verdict de non culpabilité (mais avant le verdict comme tel)[372].

Depuis les modifications apportées au *Code criminel* en 1985, il est possible, semble-t-il, d'ordonner l'arrêt au tout début des procédures. De 1892 à 1985, le procureur général avait le pouvoir de requérir l'arrêt des procédures «à tout moment après qu'une mise en accusation a été faite[373]». Cette formulation avait été retenue pour établir le lien avec le pouvoir correspondant prévu par la common law (soit le pouvoir conféré au procureur général d'ordonner un *nolle prosequi*). Suivant la common law, ce pouvoir ne pouvait être exercé que dans les causes devant être jugées par un juge et un jury selon un acte d'accusation, et seulement après que celui-ci eut été signé ou déclaré fondé par le grand jury.

---

372. *R.* c. *Beaudry*, [1967] 1 C.C.C. 272 (C.A. C.-B.). Soulignons que cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur de la Charte. Dans des circonstances semblables, il serait donc encore possible aujourd'hui de contester la mesure prise par le poursuivant.

373. *Code criminel*, art. 579, auparavant l'art. 508, avant l'adoption de S.C. 1985, ch. 19.

Il ressortait des termes utilisés qu'en Angleterre, le procureur général exerçait ce pouvoir en audience publique[374].

Dans l'arrêt *Dowson* c. *La Reine*[375], la Cour suprême a effectivement conclu que les termes utilisés dans le *Code criminel* empêchaient l'arrêt des procédures avant la délivrance d'un acte judiciaire (sommation, mandat d'arrestation). Elle a toutefois souligné que l'arrêt pouvait être ordonné plus tôt dans le cas des infractions punissables par procédure sommaire, qualifiant d'anomalie le fait que, pour les actes criminels, le procureur général ne puisse exercer ce pouvoir à une étape antérieure[376].

À ce point de vue, un commentateur n'a pas tardé à objecter le raisonnement suivant. Si le juge de paix décide qu'il n'y a pas lieu de délivrer un acte judiciaire, l'arrêt des procédures deviendra inutile. Toutefois, si un acte judiciaire est délivré et que les procédures soient par la suite arrêtées,

> [TRADUCTION]
> [L]e public sait que ce à quoi il est mis fin, c'est une poursuite contre une personne qu'une autorité judiciaire a jugé opportun de traduire en justice, vu les preuves présentées. Lorsque l'arrêt est ordonné avant que cette décision ait été prise, le public ne saura jamais si l'accusé est une personne qui ne pouvait de toute façon être poursuivie[377].

Tenant vraisemblablement pour contestable la restriction concernant le moment où le procureur général pouvait ordonner l'arrêt des procédures, le législateur a modifié la disposition en cause et en a étendu la portée. Le *Code criminel* énonce maintenant que l'arrêt peut être ordonné «à tout moment après le début des procédures à l'égard d'un prévenu ou d'un défendeur et avant jugement» (art. 579).

Mais s'il est précisé dans le Code à quel moment sont réputées avoir commencé les procédures en matière d'infraction punissable par procédure sommaire[378], il n'existe pas de disposition équivalente en ce qui a trait aux actes criminels. La modification ne permet donc pas de savoir si les procédures commencent au moment ou la dénonciation est faite devant un juge de paix, ou seulement lorsque celui-ci décide de délivrer un acte judiciaire; autrement dit, si le législateur a voulu abroger la règle établie dans l'arrêt *Dowson*.

La Cour supérieure du Québec s'est posé la question dans l'affaire *Hébert* c. *Marx*. Ayant évoqué la décision *Dowson* et les modifications apportées à l'article 579 en 1985, elle a conclu :

---

374. On trouvera des précisions sur l'évolution du pouvoir de *nolle prosequi* conféré au procureur général dans EDWARDS, *op. cit.*, note 28, pp. 227-237, et dans EDWARDS, *op. cit.*, note 34, pp. 444-456.

375. [1983] 2 R.C.S. 144.

376. *Id.*, p. 158.

377. A.W. MEWETT, «Stay of Proceedings» (1984-1985), 27 *C.L.Q.* 257, pp. 257-258.

378. *Codecriminel*, par. 788(1) : «Les procédures prévues à la présente partie débutent par le dépôt d'une dénonciation rédigée selon la formule 2.»

> Le but de la loi de 1985 n'était pas de retarder le droit d'intervention du procureur général en matière d'actes criminels, mais plutôt d'avancer le moment de son intervention, non pas de diminuer le pouvoir d'intervention, mais de le renforcer, de le clarifier[379].

Elle a donc jugé que l'arrêt des procédures pouvait être ordonné dès qu'une dénonciation a été faite.

Tel est bien, selon nous, l'effet de l'article 579. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que ce changement soit une bonne chose. En effet, l'obligation de rendre compte nous paraît un élément important à considérer dans le recours au pouvoir d'arrêt définitif des procédures. Or l'arrêt *Dowson* ainsi que la modification apportée par le législateur entraînent à notre avis un affaiblissement de cette obligation.

Les dispositions actuelles du Code permettent au procureur général d'arrêter les procédures avant que le juge de paix ait décidé de délivrer un acte judiciaire. Or, dans les cas où ce dernier aurait de toute façon refusé de le faire, l'exercice de ce pouvoir est inutile; le prévenu pourra en outre regretter à juste titre qu'on n'ait pas laissé au juge l'occasion de conclure en bonne et due forme que l'inculpation n'était pas justifiée. Et il est toujours possible de recourir à l'arrêt des procédures pour faire cesser une poursuite privée et ôter ainsi au plaignant le droit d'intenter une action. C'est alors le greffier qui, suivant les instructions du poursuivant, enregistrera l'arrêt. La procédure n'a donc aucun caractère public et nulle explication n'est nécessaire. C'est particulièrement vrai lorsque l'arrêt est ordonné avant la délivrance de quelque acte judiciaire. À notre avis, cela est déplorable; il y aurait lieu de prendre des mesures pour favoriser le respect de l'obligation de rendre compte quant à l'exercice de ce pouvoir.

(ii) Recommandations

38. Le procureur général ou le poursuivant public devrait pouvoir ordonner l'arrêt définitif de toute poursuite, qu'elle ait été engagée par un agent de police ou par un poursuivant privé.

39. L'arrêt définitif de la poursuite devrait obligatoirement être ordonné en audience publique, après la décision de délivrer un acte judiciaire mais avant le verdict.

Commentaire

Il nous semble tout à fait opportun de laisser à la Couronne sa fonction de surveillance. Nous proposons donc que le procureur général — ou le poursuivant public — soit habilité à ordonner l'arrêt définitif de toute poursuite. Comme la procédure actuellement prévue au Code, l'arrêt définitif pourra être ordonné de plein droit par le ministère public.

Ce pouvoir devrait à notre sens être conféré à l'égard des poursuites privées comme des poursuites publiques. Le procureur général est responsable de l'ensemble des poursuites pénales et, comme nous l'avons signalé, il ne doit pas seulement rendre compte de la décision d'arrêter les procédures : il doit aussi s'expliquer lorsqu'il s'abstient de faire interrompre

379. [1988] R.J.Q. 2185, p. 2191 (C.S.).

des poursuites inopportunes[380]. En plus, la possibilité de recourir à ce mécanisme s'impose si l'on veut éviter que les propositions faites par la Commission (document de travail n° 52[381]) en vue d'un meilleur accès au système judiciaire donnent lieu à des abus.

Nous n'avons pas jugé bon de recommander que le poursuivant public soit tenu d'indiquer au tribunal les raisons pour lesquelles il demande l'arrêt définitif de la poursuite. Nous l'avions pourtant envisagé, au regard de l'obligation de rendre compte. Nous avions même songé à interdire le recours à ce pouvoir tant que l'accusé n'a pas comparu devant le tribunal, pour éviter qu'il puisse être mis fin à des poursuites à l'insu du public[382]. Mais en dernière analyse, ni l'une ni l'autre de ces mesures ne nous paraît nécessaire, car il ne semble pas y avoir d'abus. Comme la procédure revêt un caractère public, la responsabilité politique sera une protection adéquate.

Le poursuivant public n'est pas tenu de rendre compte au tribunal lorsqu'il exerce son droit de faire arrêter la poursuite définitivement, et le tribunal n'a aucun pouvoir d'intervention. En ce sens, il n'est pas nécessaire que le procureur général fournisse des explications à la cour, mais cela ne veut pas dire qu'il ne le fera jamais[383]. Souvent, en effet, il sera souhaitable qu'il indique publiquement devant le tribunal les raisons pour lesquelles il ordonne l'arrêt de la poursuite. Nous avons simplement décidé de ne pas rendre ces explications obligatoires. Le procureur général rend compte au Parlement de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire et peut être interrogé en Chambre. Cette responsabilité politique nous paraît suffisante.

De plus, il est important à notre sens que le pouvoir judiciaire soit indépendant des décisions prises quant à l'opportunité des poursuites. On a assisté ces dernières années à une participation accrue des juges à diverses phases de l'enquête : ils exercent d'importantes responsabilités en ce qui a trait aux autorisations de surveillance électronique et à la délivrance des mandats de perquisition. Il faut donc veiller à maintenir une distinction bien nette entre les pouvoirs discrétionnaires qui sont exercés par le ministère public et ceux qui sont exercés par les tribunaux.

Nous n'exigeons pas que le poursuivant indique les raisons pour lesquelles il ordonne l'arrêt de la poursuite, mais nous proposons l'établissement de deux règles propres à

---

380. Voir «Le procureur général et les procureurs de la Couronne» et «Le procureur général et les poursuivants privés», *supra*, pp. 15-24.

381. *Op. cit.*, note 70.

382. Par exemple, le poursuivant pourrait faire en sorte que la dénonciation soit présentée puis retirée devant un tribunal qui n'en serait normalement pas saisi, et à une heure inhabituelle, comme à 16 h le vendredi. Ainsi, l'arrêt des procédures échapperait à l'attention de tous; et puisque l'accusé n'aura jamais comparu en cour, la presse, notamment, ne saura sans doute jamais qu'une inculpation a eu lieu puis a été retirée, à moins qu'un dénonciateur mécontent ne tente de savoir de quoi il retourne et alerte les médias. Et même dans cette hypothèse, il serait sans doute impossible de trouver mention des faits dans les dossiers de la cour sans la coopération du poursuivant.

383. Mentionnons par exemple l'affaire *Dowson*, précitée, note 71, où le poursuivant a fait inscrire au dossier, au nom du procureur général, les raisons pour lesquelles il ordonnait l'arrêt de cette poursuite privée.

favoriser la responsabilité. Premièrement, la chose devra se faire en audience publique, même s'il s'agit essentiellement d'un acte administratif, de sorte que l'arrêt définitif des procédures revêtira un caractère public. Deuxièmement, nous recommandons le rétablissement de la règle en vigueur avant 1985; c'est-à-dire que le pouvoir pourrait être exercé seulement lorsque le juge de paix a décidé de délivrer un acte judiciaire.

Cette mesure ne réduira en rien les pouvoirs discrétionnaires du poursuivant. Le juge Lamer a exposé en ces termes, dans l'arrêt *Dowson*, les raisons fondamentales militant en faveur de cette restriction :

> Le pouvoir d'ordonner l'arrêt d'une poursuite est un pouvoir nécessaire, mais il empiète sur le droit fondamental et historique du citoyen d'informer sous serment un juge de paix de la perpétration d'un acte criminel. Le Parlement a jugé bon d'imposer au juge l'obligation d'«entendre et examiner» les allégations et de prendre une décision. En l'absence d'un texte clair et non ambigu qui le retire, ce droit doit être préservé. Ceci est particulièrement vrai lorsque le texte de loi en cause peut recevoir une interprétation favorable à l'exercice de ce droit tout en laissant amplement place aux considérations de principe qui appuient le pouvoir d'arrêter les poursuites. Si on ajoute à ces considérations qu'à l'exception du contrôle judiciaire, le seul contrôle qui reste est celui du pouvoir législatif, s'il y a un choix à faire, il est préférable de donner à la loi une interprétation qui offre l'avantage d'accroître la responsabilité du procureur général en mettant l'accent sur la capacité du pouvoir législatif de surveiller l'exercice de son pouvoir[384].

On remarquera enfin que nulle modification n'est recommandée en ce qui a trait à l'étape des procédures jusqu'à laquelle l'arrêt des poursuites peut être ordonné. À l'heure actuelle, l'accusé peut avoir des motifs de s'inquiéter lorsque le poursuivant le fait à la dernière minute tout en ayant l'intention de revenir à la charge plus tard. Mais s'il est clair que tel n'est pas le dessein du poursuivant, l'accusé ne subira aucun préjudice, peu importe l'étape à laquelle les procédures sont interrompues. C'est pourquoi nous proposons que l'arrêt définitif soit possible jusqu'au moment où le verdict est rendu.

b) L'établissement de lignes directrices pour l'arrêt définitif des poursuites

(i) La situation actuelle

La Couronne peut en ce moment retirer des accusations ou arrêter des procédures sans en rendre compte au tribunal ni au public. Comme les critères appliqués par le poursuivant public ne sont pas publiés, il est impossible d'une part d'en vérifier la pertinence et d'autre part de déterminer si dans tel ou tel cas l'interruption des procédures ou le défaut de les interrompre était conforme à la politique établie.

---

384. Précité, note 375, p. 155.

(ii) Recommandation

40. Le procureur général devrait publier des lignes directrices établissant en termes généraux les éléments qui peuvent influer sur la décision d'ordonner l'arrêt définitif d'une poursuite et les éléments qui ne devraient pas être pris en considération.

Commentaire

Nous avons déjà parlé des éléments qui doivent être pris en compte lorsqu'il s'agit de décider s'il est opportun de porter des accusations[385]. Les mêmes considérations s'appliquent à la décision d'ordonner l'arrêt définitif des poursuites. Et même, en un certain sens, l'existence de lignes directrices est encore plus importante dans ce dernier cas. Car à l'étape de l'inculpation, les procureurs de la Couronne ne sont habilités qu'à donner des conseils à la police. Ce n'est qu'une fois les accusations portées qu'ils seront en mesure d'imposer leur volonté, en ordonnant l'arrêt définitif de la poursuite.

Nous préconisons l'établissement de lignes directrices de nature générale, tout comme pour l'engagement des poursuites. La publication forcera les autorités à rendre compte de la manière dont elles exercent leurs pouvoirs, indiquera au public les critères applicables en la matière et permettra aux procureurs de la Couronne de décider plus facilement dans quels cas recourir à l'arrêt des poursuites.

3. La suspension des poursuites

a) La méthode utilisée et le moment choisi

(i) Considérations d'ordre général

À l'heure actuelle, il est possible d'arrêter les procédures ou de retirer les accusations, pour ensuite procéder à une nouvelle inculpation. Le procureur général peut ordonner de plein droit l'arrêt des procédures en tout temps; il peut aussi retirer les accusations de plein droit avant le plaidoyer (après, l'autorisation du tribunal est requise).

Lorsque le poursuivant n'entend pas reprendre les procédures ultérieurement — en d'autres termes, lorsque l'arrêt est définitif —, l'équité envers l'accusé n'exige pas que le pouvoir ainsi conféré aux autorités soit restreint de quelque façon. Mais lorsqu'il ne s'agit que d'une suspension temporaire, la situation est différente : l'accusé risquant de subir un préjudice, il paraît raisonnable alors de prévoir un mécanisme de contrôle judiciaire.

Il ressort par exemple de certaines décisions que le fait de retirer des accusations afin d'éviter une décision défavorable (habituellement un refus d'ajournement), pour ensuite procéder à une nouvelle inculpation, constitue un abus de procédure de la part de la

385. Voir «L'établissement de lignes directrices concernant l'engagement des poursuites», *supra*, p. 79.

Couronne[386]. C'est aussi le cas lorsque celle-ci décide de retirer des accusations instruites selon la procédure sommaire pour faire une nouvelle dénonciation, identique, mais utiliser cette fois la procédure régissant les actes criminels[387]. Cela ne veut pas dire qu'il soit nécessairement abusif de retirer des accusations pour ensuite intenter de nouvelles poursuites : on reconnaît à la Couronne le droit de porter de nouvelles accusations si elle cherche ainsi à décrire de manière plus précise les faits reprochés à l'accusé ou veut tenir compte d'un fait nouveau (par exemple, lorsque la victime de voies de fait meurt après l'inculpation). On ne conclura pas non plus à un abus de procédure si la Couronne retire les accusations par suite de l'absence imprévue d'un témoin, et reprend les procédures lorsque celui-ci est retrouvé[388].

Ce qu'il s'agit de déterminer, c'est la portée devant être attribuée au contrôle judiciaire dans un domaine où le ministère public jouit d'un pouvoir fondamentalement discrétionnaire. Les tribunaux ne devraient pas, à notre avis, avoir d'une manière générale le pouvoir de décider si le poursuivant peut suspendre la poursuite, même après le début du procès ou de l'enquête préliminaire.

Un certain droit de regard s'impose néanmoins. Tout d'abord, il y aura parfois lieu de vérifier si la suspension de la poursuite constitue un abus de la procédure du tribunal. Ensuite, l'arrêt temporaire augmente le risque que l'accusé ne soit pas jugé dans un délai raisonnable. Actuellement, les tribunaux n'ont pas voix au chapitre quant au moment où l'arrêt peut être ordonné; en revanche, ils ont un certain mot à dire dans le cas du retrait des accusations, qui, après le plaidoyer, ne peut avoir lieu sans leur permission. Mais même alors, la situation actuelle laisse à désirer : le poursuivant peut simplement décider de recourir à l'arrêt des procédures plutôt que de retirer les accusations et s'exposer ainsi à l'opposition du tribunal.

Il faut aussi tenir compte des délais fixés pour l'engagement de nouvelles procédures. Suivant le droit actuel, les procédures qui ont été suspendues doivent être reprises dans l'année qui suit la suspension, sans quoi elles sont «réputées n'avoir jamais été engagées[389]». Mais le délai peut être plus court : aux termes de l'article 579 du *Code criminel*, les procédures peuvent en effet être reprises «dans l'année qui suit l'arrêt des procédures ou avant l'expiration du délai dans lequel les procédures auraient pu être engagées, si ce délai expire le premier». Par exemple, dans le cas des infractions punissables par procédure sommaire, il faut normalement engager la poursuite dans les six mois. Si une poursuite a été

386. Voir par exemple *R.* c. *Scheller* (n° 1) (1976), 32 C.C.C. (2d) 273 (C.P. Ont.); *R.* c. *Hickey* (1978), 44 C.C.C. (2d) 367 (C.P. Ont.); *R.* c. *Weightman* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303 (C.P. Ont.).

387. *Re Parkin and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 252 (C.A. Ont.). (La Cour suprême a refusé d'autoriser le pourvoi le 23 juin 1986.)

388. *Re Ball and The Queen* (1978), 44 C.C.C. (2d) 532 (C.A. Ont.). Signalons que le retrait des accusations dans cette affaire a eu lieu avant le plaidoyer. On trouvera des précisions sur la question de l'abus de pouvoir en la matière dans GAUTIER, *loc. cit.*, note 251.

389. *Code criminel*, art. 579.

engagée puis suspendue, la limite initiale de six mois reste applicable à l'égard de toute nouvelle procédure relative à la même infraction[390].

Cette règle nous semble bien fondée. Diverses raisons, tout à fait légitimes, peuvent en effet inciter la Couronne à souhaiter la suspension temporaire de la poursuite; elle devrait donc avoir le droit de l'ordonner. Mais il ne faut pas que l'accusé se trouve ainsi privé de son droit d'être jugé sans retard anormal.

(ii) Recommandations

41. Le procureur général ou le poursuivant public devrait avoir le pouvoir d'ordonner la suspension de toute poursuite dont il a la charge, qu'elle ait été intentée par un agent de police ou par un poursuivant privé.

42. La suspension de la poursuite devrait obligatoirement être ordonnée en audience publique, entre le moment où il a été décidé de délivrer un acte judiciaire et celui où le ministère public a déclaré sa preuve close. Le procureur général ou le poursuivant public devrait être tenu d'indiquer au tribunal les raisons pour lesquelles il ordonne la suspension.

43. En cas de suspension, le délai pour la reprise des procédures serait fixé en conformité avec les recommandations contenues dans le document de travail de la Commission portant sur la tenue du procès dans un délai raisonnable (à paraître).

Commentaire

Conformément aux règles actuelles, le procureur général ou le poursuivant public aurait suivant nos recommandations le droit absolu d'ordonner la suspension de toute poursuite. Toutefois, dans le cas des poursuites privées, il devra auparavant en avoir pris la charge, comme le lui permet la recommandation 17 (et le droit actuel) : nous ne voyons pas pourquoi il pourrait intervenir ainsi dans une poursuite qu'il n'a pas décidé d'exercer lui-même.

La Couronne aura donc toute latitude pour faire suspendre la poursuite, mais l'exercice de ce pouvoir sera plus rigoureusement réglementé qu'à l'heure actuelle. Comme l'arrêt définitif, la suspension devra se faire en audience publique, ce qui obligera le procureur général et le poursuivant public à rendre compte de leurs décisions. Et la suspension, pas plus que l'arrêt définitif, ne pourra être ordonnée avant qu'un juge de paix ait décidé de délivrer un acte judiciaire. Nous avons expliqué pourquoi cette restriction s'imposait dans le cas de l'arrêt définitif; puisque la suspension peut devenir permanente (si les procédures ne sont pas reprises avant la prescription), la même règle doit s'y appliquer.

---

390. On ne sait pas encore si l'arrêt des procédures a une incidence sur le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, garanti par l'alinéa 11*b*) de la Charte. La question a été soulevée dans l'affaire *Re Burrows and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 54 (C.A. Man.), mais, vu les faits de l'espèce (les nouvelles accusations avaient été portées le jour où l'arrêt des procédures avait été ordonné, soit moins de six mois après la date de l'infraction), le tribunal a estimé que le délai total était raisonnable.

Contrairement à l'arrêt définitif, la suspension ne pourra être ordonnée par la Couronne à n'importe quelle étape de l'instance. La Charte reconnaît à l'accusé le droit d'être *jugé* (et non pas simplement de subir son procès) dans un délai raisonnable. Or, il est porté atteinte à ce droit si le ministère public ordonne la suspension d'une poursuite à la dernière minute. Serait-il équitable envers l'accusé, par exemple, que le poursuivant insatisfait des directives données par le juge au jury puisse demander la suspension et reprendre les procédures plus tard ? Nous proposons donc que, le procès parvenu à un certain stade, le ministère public ne puisse plus ordonner l'interruption temporaire de la poursuite.

L'étape naturelle serait d'après nous le moment où la Couronne a terminé la présentation de sa preuve. À l'heure actuelle, elle doit à ce moment-là déterminer si tous les éléments nécessaires à l'établissement de la culpabilité de l'accusé ont bien été établis. Si le poursuivant n'a pu mettre la main sur un témoin, ou si pour quelque autre raison il estime ne pas avoir obtenu tous les éléments requis, il ne déclarera pas sa preuve close. En revanche, il le fera s'il juge que tous les éléments de preuve nécessaires ont bien été produits. En excluant la suspension de la poursuite à partir de cette étape, nous enlevons simplement à la Couronne la possibilité de remettre en cause la qualité de sa preuve.

De plus, ce n'est pas parce que le ministère public a le droit absolu d'ordonner la suspension de la poursuite qu'aucune surveillance judiciaire n'est possible. En réalité, l'accusé pourra faire déterminer par le tribunal si le préjudice est tel pour lui que les procédures ne devraient pas pouvoir être reprises; cela, d'une part à cause de la prescription dont il est question à la recommandation 43, et d'autre part parce qu'il aura le droit de demander au tribunal l'arrêt de la poursuite. C'est pourquoi la Couronne serait tenue d'exposer les raisons pour lesquelles elle demande la suspension.

Nous recommandons que le délai fixé pour l'engagement de nouvelles procédures soit régi par les règles qui seront proposées dans le document de travail portant sur la tenue du procès dans un délai raisonnable. La Commission y présentera en effet des recommandations touchant la prescription en général, et en particulier le délai dans lequel les procédures doivent être reprises après une suspension.

Dans ce document, nous proposerons l'établissement de délais de prescription qui soient fonction de la gravité de l'infraction reprochée ainsi que d'autres considérations : ainsi, le délai fixé pour le début du procès sera plus long si l'accusé a demandé la tenue d'une enquête préliminaire. Les délais proposés ne seront pas immuables : selon les circonstances, un délai plus court pourra être jugé déraisonnable, ou un délai plus long être tenu pour raisonnable.

Parmi les raisons qui ont motivé l'établissement d'un délai de forclusion, figure notre souci d'empêcher que le droit de faire suspendre la poursuite l'emporte automatiquement sur le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable : si la suspension peut parfois justifier la prolongation du délai de prescription, elle ne l'entraînera pas nécessairement dans tous les cas.

Autre avantage, ces dispositions donnent au tribunal l'occasion d'examiner la décision prise par le poursuivant. Si la suspension de la poursuite était subordonnée à l'obtention d'une autorisation judiciaire, l'une des questions à considérer serait à coup sûr celle de savoir si l'accusé est encore susceptible d'être jugé dans un délai raisonnable. Or, selon les recommandations faites dans le document de travail sur la tenue du procès dans un délai raisonnable, il y a deux éventualités. D'abord, la Couronne peut engager le nouveau procès dans le délai fixé pour l'engagement de la première poursuite; la suspension n'aura alors causé aucun préjudice à l'accusé (mais comme dans les autres cas, celui-ci pourra essayer de faire valoir que le délai de prescription est déraisonnable dans les circonstances). Elle peut aussi demander au tribunal une prolongation du délai de prescription — prolongation qui pourra être refusée par le tribunal si la protection des droits de l'accusé l'exige. Dans un cas comme dans l'autre, ainsi qu'on le voit, les autorités judiciaires auront la possibilité de juger si la suspension de la poursuite a causé ou non un préjudice à l'accusé.

Le tribunal pourrait également souhaiter vérifier le bien-fondé de la suspension ordonnée par le ministère public pour déceler d'éventuels abus de procédure. Mais dans ce cas, il est possible de protéger les droits de l'accusé sans instituer un droit de regard formel. Dans un document de travail en préparation, la Commission recommandera que les tribunaux soient habilités à rendre — d'office ou à la demande de l'accusé — une ordonnance mettant fin à la poursuite[391], chaque fois que l'engagement ou la reprise des procédures empêcherait de façon irrémédiable l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou constituerait un abus de procédure. Même si l'exercice de ce droit de regard n'est pas automatique, il s'agit là d'un autre mécanisme qui permet au tribunal de déterminer si la suspension de la poursuite est préjudiciable à l'accusé.

C'est donc en raison de ces diverses possibilités d'intervention judiciaire que le poursuivant serait tenu dans le régime proposé ici d'indiquer les raisons pour lesquelles il ordonne la suspension de la poursuite. Ultérieurement, le tribunal pourra être appelé à décider s'il est opportun de permettre l'engagement de nouvelles procédures, et alors il sera important qu'il connaisse ces raisons. Par exemple, l'absence d'un témoin peut être due au fait qu'il était hospitalisé, ou encore au fait qu'on ne lui a pas signifié d'assignation, ce qui est bien différent, on en conviendra. Les explications seraient fournies au moment où la suspension est ordonnée et non à l'occasion d'un contrôle ultérieur, afin d'éviter les possibilités de justification a posteriori.

b) La reprise des procédures

(i) La situation actuelle

À l'heure actuelle, l'arrêt des procédures entraîne l'annulation de «tout engagement y relatif[392]». Par ailleurs, l'article 579 énonce que les procédures peuvent être reprises «sans nouvelle dénonciation ou sans nouvel acte d'accusation». Rien n'empêche cependant la

391. Rappelons que la Commission entend recommander l'établissement de cette ordonnance dans un document de travail à paraître sur les recours en matière pénale.

392. *Code criminel*, art. 579.

Couronne de présenter une nouvelle dénonciation, qui ne sera pas nécessairement identique à la première et pourra être signée par une personne différente[393]

(ii) Recommandations

44. La suspension de la poursuite annulerait toute citation à comparaître ou tout engagement y afférents. Si les procédures sont reprises par la suite, les mesures visant à garantir la comparution de l'accusé devront être conformes aux recommandations faites dans le document de travail intitulé *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès*.

45. En cas de suspension de la poursuite, les procédures pourraient être reprises avec comme point de départ soit le document d'inculpation initial, soit un nouveau document d'inculpation.

Commentaire

Si l'inculpation a entraîné des mesures restreignant la liberté de l'accusé, l'arrêt définitif des procédures devra, faut-il le dire, y mettre fin. Ayant toujours prôné la modération dans le domaine du droit pénal, nous avons conclu que la même règle devrait s'appliquer à la suspension : l'accusé ne devrait pas être astreint à se conformer aux conditions établies dans le document ordonnant sa comparution. Les recommandations faites par la Commission dans le document intitulé *Les mesures assurant la comparution*[394] contiennent des propositions destinées à permettre une nouvelle comparution dans le cas où les procédures seraient reprises.

La recommandation 45 est fondée sur l'idée que la suspension ne met pas fin à la poursuite. Pour reprendre celle-ci, il faudra bien entendu recommencer depuis le début, mais les nouvelles procédures seront fondées sur les mêmes accusations ou sur des accusations semblables. La présentation d'un nouveau document d'inculpation n'est donc pas indispensable, mais pourra à l'occasion être jugée plus commode.

---

393. *R.* c. *Judge of the Provincial Court, Ex parte McLeod*, précité, note 364.

394. CRD, *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès*, Document de travail n° 57, Ottawa, La Commission, 1988.

CHAPITRE TROIS

Sommaire des recommandations

1. Il y aurait lieu d'instituer la charge de directeur des poursuites pénales, d'une part pour que l'engagement des poursuites pénales échappe à toute considération politique partisane, et d'autre part afin d'atténuer les risques de conflit d'intérêts au sein du ministère dirigé par le procureur général. Le titulaire dirigerait le ministère public et relèverait directement du procureur général.

2. Le directeur des poursuites pénales ne ferait pas partie de la fonction publique. Il serait désigné par le gouverneur en conseil et choisi parmi les candidats proposés par un comité indépendant.

3. Le directeur occuperait ses fonctions pendant une période de dix ans, au terme de laquelle sa nomination pourrait être renouvelée une seule fois.

4. Le directeur pourrait être démis de ses fonctions avant l'expiration de son mandat pour l'un des motifs suivants : inconduite, incapacité physique ou mentale, incompétence, conflit d'intérêts, refus de suivre les directives officielles et écrites du procureur général.

5. Le directeur ne pourrait être démis de ses fonctions que par suite d'un vote de la Chambre des communes, sur motion du procureur général, et après avoir été entendu devant un comité parlementaire.

6. Le directeur recevrait le même traitement et la même pension de retraite que les juges de la Cour fédérale du Canada.

7. Le procureur général aurait le pouvoir d'établir à l'intention du directeur des lignes directrices de nature générale et de lui donner des directives touchant une affaire en particulier. Ces lignes directrices et ces directives seraient obligatoirement écrites, publiées dans la *Gazette* et rendues publiques au Parlement. Lorsque les intérêts de la justice l'exigent, le procureur général pourrait retarder la publication d'une directive touchant une affaire en particulier jusqu'à ce que le dossier soit clos.

8. Le directeur serait habilité à fournir aux procureurs de la Couronne des lignes directrices de nature générale ainsi que des directives touchant une affaire en particulier. Ces lignes directrices seraient obligatoirement écrites et seraient publiées dans un rapport remis annuellement au Parlement par le directeur.

9. Le directeur jouirait de tous les pouvoirs conférés au procureur général en matière de droit criminel — notamment des pouvoirs qui lui sont conférés personnellement — sans que ce dernier en soit pour autant privé.

10. Le budget du bureau du directeur constituerait un poste du budget du procureur général. C'est le directeur, et non le procureur général, qui verrait à l'utilisation des crédits affectés au bureau.

11. Sur le plan de la responsabilité ministérielle, la police devrait continuer de relever d'un autre ministre que le procureur général.

12. Il y aurait lieu de changer le nom du ministère du Solliciteur général, qui deviendrait le ministère de la Police et des Services correctionnels.

13. Il y aurait lieu de supprimer à l'article 2 du *Code criminel* la disposition par laquelle le solliciteur général est assimilé au procureur général, sans la remplacer par une disposition équivalente concernant le ministre de la Police et des Services correctionnels.

14. Le procureur général et le poursuivant public devraient avoir le pouvoir d'ordonner à la police de continuer l'enquête lorsqu'une poursuite a été engagée, afin qu'elle les aide à constituer la preuve du ministère public et qu'elle recherche des éléments tendant à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

15. Toutes les poursuites publiques devraient être exercées par un avocat qui relève du procureur général et sous la surveillance de celui-ci.

16. Le consentement personnel du procureur général ne devrait être exigé pour la poursuite d'aucun crime.

17. Le procureur général et le poursuivant public devraient conserver le pouvoir de prendre en main toute poursuite privée.

18. Les agents de police devraient continuer d'avoir le droit absolu et le devoir de déterminer la forme et le fond des accusations devant être portées dans toute affaire, selon leur jugement, la Couronne ayant toutefois la prérogative de mettre fin aux procédures.

19. Avant de porter une accusation devant le juge de paix, l'agent de police devrait être tenu d'obtenir l'avis du poursuivant public quant à la validité du document d'inculpation sur les plans de la forme et du fond, et quant à l'opportunité de l'inculpation. Cette fonction du poursuivant public devrait être ajoutée aux textes législatifs qui décrivent ses attributions si elle n'y figure pas déjà.

20. Lorsqu'il demande ainsi l'avis du poursuivant public, l'agent de police devrait être tenu de le mettre au courant de tous les éléments de preuve à l'appui de l'accusation et de toutes les circonstances de l'infraction. Le cas échéant, le

poursuivant l'avisera que la preuve n'est pas suffisante pour donner lieu à une déclaration de culpabilité relative au chef d'accusation, ou encore que, dans les circonstances, il y aurait lieu de modifier l'accusation ou de renoncer à toute inculpation.

21. Même lorsqu'il s'avère matériellement impossible de soumettre le document d'inculpation au poursuivant public ou que ce dernier déconseille l'inculpation, l'agent de la paix devrait pouvoir porter l'accusation devant un juge de paix. Il expliquera alors à celui-ci pourquoi il était matériellement impossible de demander l'avis du poursuivant public ou, le cas échéant, il l'informera du fait que ce dernier a déconseillé l'inculpation.

22. Le procureur général devrait publier des lignes directrices applicables à l'engagement des poursuites pénales. Ces lignes directrices énonceraient, en termes généraux, les éléments qui doivent ou ne doivent pas être pris en considération lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'opportunité du déclenchement de poursuites.

23. Devraient notamment être énoncés dans les lignes directrices les critères suivants : (1) Le poursuivant public estime-t-il qu'il existe des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable ayant reçu des directives appropriées pourrait déclarer le suspect coupable ? (2) Dans l'affirmative, la poursuite est-elle dans une mesure raisonnable susceptible d'entraîner une déclaration de culpabilité ? Le poursuivant aurait également l'obligation de tenir compte des éléments suivants : (3) Des considérations liées à l'intérêt public rendent-elles la poursuite opportune malgré les faibles chances d'une déclaration de culpabilité ? (4) Des considérations humanitaires ou liées à l'intérêt public s'opposent-elles à l'engagement de poursuites malgré les chances raisonnables d'une déclaration de culpabilité ? (5) Les ressources existantes justifient-elles l'inculpation ?

24. Lorsque, l'accusé ayant choisi le mode du procès, il faut déterminer devant quelle juridiction aura lieu celui-ci, la décision devrait continuer à relever du poursuivant public.

25. Lorsque le crime reproché est punissable par une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, le procureur général devrait pouvoir exiger personnellement, indépendamment du choix exercé par l'accusé, que celui-ci subisse son procès devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Dans ce cas, une enquête préliminaire sera tenue si cela n'a pas déjà été fait.

26. Il y aurait lieu de supprimer les exceptions établies aux articles 469 et 473 du *Code criminel*, en vertu desquelles, respectivement, certaines infractions relèvent exclusivement des «cours supérieures de juridiction criminelle» et la personne inculpée de ces infractions a le droit de renoncer au procès devant jury.

27. Il y aurait lieu de laisser au procureur général le pouvoir de recourir à l'inculpation directe.

28. Le juge devrait avoir le pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures lorsqu'il a été démontré que l'inculpation directe constitue un abus de procédure.

29. Le procureur général devrait avoir la possibilité de recourir personnellement à l'inculpation directe même lorsque l'enquête préliminaire n'a pas encore eu lieu. Le tribunal saisi serait habilité à ajourner les procédures jusqu'à ce que l'accusé ait été informé de manière complète et équitable de la preuve du ministère public et ait reçu, lorsque le tribunal l'ordonne, des dépositions signées par les témoins.

30. Le procureur général devrait être tenu d'indiquer à l'accusé les raisons pour lesquelles il a recours à l'inculpation directe.

31. Le procureur général devrait établir et publier les lignes directrices suivant lesquelles il déterminera dans quels cas il y a lieu de recourir à l'inculpation directe lorsqu'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire. Ces lignes directrices préciseraient d'une part que l'inculpation directe est une procédure exceptionnelle ne devant être employée que dans des circonstances extraordinaires, et d'autre part que le procureur général peut notamment tenir compte des considérations suivantes :

a) il y a lieu de craindre pour la sécurité des témoins à charge ou d'autres personnes concernées par la poursuite;

b) il y a lieu d'instruire l'affaire le plus tôt possible pour préserver la preuve de la Couronne;

c) il faut éviter de multiplier les procédures;

d) il n'y a pas d'autre moyen d'éviter des retards déraisonnables ou une prolongation indue des procédures.

32. Lorsqu'une enquête préliminaire a été tenue et que l'accusé a été libéré, l'inculpation directe devrait être interdite à moins qu'un juge de la cour qui serait saisie de l'affaire n'y consente. Le juge ne donnerait ce consentement que s'il est convaincu, après avoir entendu les observations des parties, que l'accusé a été libéré en trompant l'administration de la justice ou par suite d'une erreur de droit faite par le juge qui présidait l'enquête.

33. Lorsqu'un accusé a été libéré à l'issue d'une enquête préliminaire et qu'un élément de preuve nouveau est par la suite découvert, le poursuivant devrait pouvoir demander au juge qui a présidé l'enquête — ou, si cela est impossible, à un autre juge de la même cour — de la rouvrir. Le juge pourra ordonner la réouverture de l'enquête s'il a été établi que les conditions suivantes sont réunies :

a) la demande a été présentée dans un délai raisonnable après la libération;

b) il aurait été impossible, avec toute la diligence raisonnable, de présenter l'élément de preuve en question au cours de l'enquête préliminaire;

c) l'élément de preuve porte sur une question décisive, ou susceptible de s'avérer décisive;

d) l'élément de preuve est raisonnablement susceptible d'être cru;

e) ajouté aux autres éléments présentés à l'enquête préliminaire, l'élément de preuve aurait vraisemblablement pu influer sur la décision rendue.

34. Il y aurait lieu d'abolir le pouvoir d'arrêt des procédures conféré au procureur général par le *Code criminel*, ainsi que tout pouvoir de retrait des accusations prévu par la common law. Le législateur devrait à la place attribuer au procureur général le pouvoir d'ordonner l'interruption temporaire ou définitive de la poursuite.

35. L'arrêt définitif empêcherait toute poursuite ultérieure contre l'accusé relativement aux chefs d'accusation visés par l'ordonnance ou à un crime correspondant sensiblement à celui qui est visé par l'ordonnance.

36. La suspension n'empêcherait pas la reprise, dans le délai approprié, des procédures contre l'accusé relativement aux accusations visées par l'ordonnance ou à un crime correspondant sensiblement à celui qui est visé par l'ordonnance.

37. (1) La nature de l'ordonnance — suspension ou arrêt définitif — devrait y être clairement indiquée.

(2) Lorsque la poursuite a été suspendue et que les procédures ne sont pas reprises dans le délai approprié, la suspension deviendrait définitive.

38. Le procureur général ou le poursuivant public devrait pouvoir ordonner l'arrêt définitif de toute poursuite, qu'elle ait été engagée par un agent de police ou par un poursuivant privé.

39. L'arrêt définitif de la poursuite devrait obligatoirement être ordonné en audience publique, après la décision de délivrer un acte judiciaire mais avant le verdict.

40. Le procureur général devrait publier des lignes directrices établissant en termes généraux les éléments qui peuvent influer sur la décision d'ordonner l'arrêt définitif d'une poursuite et les éléments qui ne devraient pas être pris en considération.

41. Le procureur général ou le poursuivant public devrait avoir le pouvoir d'ordonner la suspension de toute poursuite dont il a la charge, qu'elle ait été intentée par un agent de police ou par un poursuivant privé.

42. La suspension de la poursuite devrait obligatoirement être ordonnée en audience publique, entre le moment où il a été décidé de délivrer un acte judiciaire et celui où le ministère public a déclaré sa preuve close. Le procureur général ou le poursuivant public devrait être tenu d'indiquer au tribunal les raisons pour lesquelles il ordonne la suspension.

43. En cas de suspension, le délai pour la reprise des procédures serait fixé en conformité avec les recommandations contenues dans le document de travail de la Commission portant sur la tenue du procès dans un délai raisonnable (à paraître).

44. La suspension de la poursuite annulerait toute citation à comparaître ou tout engagement y afférents. Si les procédures sont reprises par la suite, les mesures visant à garantir la comparution de l'accusé devront être conformes aux recommandations faites dans le document de travail intitulé *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès*.

45. En cas de suspension de la poursuite, les procédures pourraient être reprises avec comme point de départ soit le document d'inculpation initial, soit un nouveau document d'inculpation.

ANNEXE A

La répartition des responsabilités en Grande-Bretagne

1. Angleterre et pays de Galles

C'est du procureur général que relèvent l'engagement et l'arrêt des poursuites. Comme nous l'avons vu dans l'historique, le procureur général agit au nom de la Couronne et peut intenter des poursuites, soit au moyen d'une dénonciation faite devant un juge de paix, soit au moyen d'une dénonciation *ex officio*. Par ailleurs, il peut arrêter les procédures en invoquant son pouvoir de *nolle prosequi*.

Outre ces fonctions, le procureur général peut décider de plaider en personne dans les poursuites d'une grande importance. Par ailleurs, de nombreuses infractions ne peuvent être poursuivies sans son consentement. Le procureur général ne fait pas partie du Cabinet. Selon la tradition, les décisions prises quant à l'engagement et à l'arrêt des poursuites pénales échappent aux règles normales de la solidarité ministérielle et doivent répondre à l'intérêt public, sans égard aux conséquences politiques pour le procureur général lui-même ou pour le parti au pouvoir. Le procureur général peut demander l'avis des autres membres du gouvernement, mais il assume l'entière responsabilité de ses décisions[1].

Le solliciteur général est l'adjoint du procureur général, dont il exerce les fonctions lorsque ce dernier n'est pas en mesure de le faire. Il l'assiste aussi d'autres manières. Au même titre que le procureur général, il agit en qualité de conseiller juridique de la Chambre des communes; il n'est pas membre du Cabinet, mais siège au Parlement[2].

Le lord chancelier est en revanche membre du Cabinet et membre du barreau. Il est d'office président de la Chambre des lords. Ses principales fonctions concernent l'administration des tribunaux et la surveillance de la conduite des magistrats et des juges

---

1. *Halsbury's Laws*, 4e éd., vol. 8, Londres, Butterworths, 1974, n° 1274-1282, pp. 789-794; LORD HAILSHAM, «Notes for a Lecture on the Law Officers and the Lord Chancellor» (1979), 17 *Alta. L.R.* 133, pp. 135-137; J.LI.J. EDWARDS, *La responsabilité ministérielle en matière de sécurité nationale*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980, p. 41; J.LI.J. EDWARDS, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964, pp. 222-224.

2. *La responsabilité ministérielle . . .*, *op. cit.*, note 1, pp. 21-23 et 35; HAILSHAM, *loc. cit.*, note 1, p. 137.

itinérants. Le lord chancelier fait des recommandations à la reine quant aux nominations à la *High Court*. Enfin, il fait partie du Comité judiciaire du Conseil privé[3].

Le ministre de l'Intérieur (*Home Secretary*) de l'Angleterre et du pays de Galles a des pouvoirs généraux de surveillance à l'égard de la police, des *coroners*, des enquêtes sur les incendies, des centres de détention provisoire, de la probation, des maisons de redressement et des prisons. Il est également responsable de l'aide juridique et de l'organisation des cours de magistrats. C'est à lui que sont adressés les recours en grâce fondés sur la prérogative royale[4].

Le *Director of Public Prosecutions* intente et exerce les poursuites relatives à certaines infractions criminelles graves. Il est soumis à l'autorité du procureur général, qu'il doit aviser avant de prendre des décisions relatives à des poursuites particulièrement importantes. Le directeur doit être membre du barreau depuis au moins dix ans[5].

2. Écosse

En Écosse, le *Lord Advocate* exerce bon nombre des fonctions confiées ailleurs au procureur général[6]. Le solliciteur général est son adjoint et le remplace en cas d'empêchement. Le *Lord Advocate* peut également confier des fonctions précises au solliciteur général. Du reste, il arrive fréquemment que ce dernier finisse par être nommé *Lord Advocate*[7].

Le *Crown Agent* est à la tête du ministère public en Écosse. Son bureau donne des directives aux *procurators fiscal*, qui représentent le *Lord Advocate* devant les tribunaux de comté (*Sheriff Courts*). Le bureau du *Crown Agent* est constitué de poursuivants professionnels, les *advocates depute*. Ceux-ci examinent les rapports remis par les *procurators fiscal*, afin de déterminer quelles accusations devraient être portées et s'il y a lieu de recourir à la procédure sommaire ou à la mise en accusation. En Écosse, l'accusé ne peut exiger un procès devant jury; c'est l'*advocate depute* qui décide si un jury sera formé. Dans les affaires particulièrement importantes ou délicates, le *Lord Advocate* ou le solliciteur général peut intervenir personnellement[8].

Le *procurator fiscal* écossais conserve, suivant la common law, la responsabilité de faire enquête sur les crimes, et la loi lui confie le soin d'ordonner au *Chief Constable* d'enquêter sur les infractions. Précisons qu'il est indépendant de la police. Il assiste

---

3. *Halsbury's Laws, op. cit.*, note 1, n° 1171-1186, pp. 722-734; HAILSHAM, *loc. cit.*, note 1, pp. 133 et 139.

4. *Halsbury's Laws, op. cit.*, note 1, n° 1243-1247, pp. 772-776.

5. *Id.*, n° 1289, p. 796; *The Law Officers, op. cit.*, note 1, pp. 10 et 362.

6. *Halsbury's Laws, op. cit.*, note 1, n° 1274, p. 789.

7. J.LI.J. EDWARDS, *The Attorney General, Politics, and the Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984.

8. *Id.*, pp. 294-297.

habituellement aux autopsies; souvent, il se rend sur les lieux des crimes graves pour diriger la recherche des éléments de preuve. Mais dans les cas d'infractions mineures, il demeure le plus souvent à l'écart de l'enquête. La Commission Philips[9] a conclu que, si la loi exige que le *procurator fiscal* approuve l'engagement de poursuites pénales, il s'agit là dans une large mesure d'une fonction de pure forme, l'approbation n'étant presque jamais refusée. Elle a aussi déclaré que, dans la pratique, la ligne de démarcation entre le volet «enquêtes» et le volet «poursuites» demeure floue.

9. Royal Commission on Criminal Procedure, *Report*, Londres, HMSO, 1981 (Cmnd. 8092), p. 135.

ANNEXE B

La répartition des pouvoirs entre le ministre de la Justice, le procureur général et le solliciteur général

Ce tableau présente uniquement la répartition des fonctions établie par les textes législatifs, tant fédéraux que provinciaux. Dans certaines provinces, on a, sur le plan administratif, attribué certaines responsabilités à un ministre — au Québec, par exemple, le ministre de la Justice veille à la conformité des lois avec la Charte — mais il n'en est pas tenu compte ici. En Nouvelle-Écosse, en Ontario, au Manitoba, en Alberta et en Colombie-Britannique, le titre de «ministre de la Justice» n'est pas employé, tandis qu'à l'Île-du-Prince-Édouard, on parle du «ministre de la Justice et procureur général».

Abréviations

MJ	Ministre de la Justice
PG	Procureur général
SG	Solliciteur général
MSP	Ministre de la Sécurité publique
X	Non relevé

	Féd.	T.-N.	N.-É.	Î.-P.-É.	N.-B.	Qc	Ont.	Man.	Sask.	Alb.	C.-B.
Vérification préalable des accusations	X	X	X	X	X	PG	X	X	X	X	X
Poursuites pénales	PG	PG	PG	X	X	PG	PG	PG	PG	PG	PG
Autres litiges	PG	PG	PG	X	X	PG	PG	PG	PG	PG	PG
Conseils juridiques au gouvernement	PG	MJ	PG	X	X	MJ	PG	PG	MJ	PG	PG
Conseils juridiques au gouverneur général/lieutenant-gouverneur	MJ	MJ	PG	X	X	MJ	PG	PG	PG	PG	PG
Politique législative	MJ	MJ	PG	X	X	MJ	PG	PG	MJ	PG	PG
Conformité à la Charte et à la Déclaration des droits	MJ	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Administration des tribunaux	MJ	MJ	PG	X	X	MJ	PG	PG	MJ	PG	PG
Police/Services correctionnels	SG	MJ	SG	X	X	MSP	SG	PG	PG	SG	SG

ANNEXE C
Organigramme du ministère de la Justice

MINISTRE DE LA JUSTICE ET PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

SOUS-MINISTRE DE LA JUSTICE ET SOUS-PROCUREUR GÉNÉRAL

SECTEUR DU DROIT CIVIL

- Direction de la planification des programmes législatifs
  - Section de la législation
  - Service de révision rédactionnelle
- Section du contentieux des affaires civiles et du droit immobilier (Québec)
- Bureau régional de Montréal
- Programme national de l'administration de la justice dans les deux langues officielles

SECTEUR DU CONTENTIEUX

- Direction du contentieux des affaires civiles
  - Section de l'amirauté et du droit maritime
- Direction du droit pénal
- Direction du droit fiscal
- Groupe des avocats généraux

BUREAUX RÉGIONAUX

- Halifax
- Toronto
- Winnipeg
- Saskatoon
- Edmonton
- Vancouver
- Whitehorse
- Yellowknife

SECTEUR DU DROIT PUBLIC

- Section du droit constitutionnel et international
- Section de la consultation et du droit administratif

Section du Bureau du Conseil privé (Justice)

- Section du Bureau des relations fédérales-provinciales
- Section des droits de la personne
- Service des affaires judiciaires
- Section du droit des autochtones
- Commission de révision des lois

SECTEUR DES SERVICES JURIDIQUES MINISTÉRIELS

- Direction du droit commercial et immobilier
- Direction du droit à l'information
- Direction des services juridiques-Finances

SECTEUR DE LA POLITIQUE, DES PROGRAMMES ET DE LA RECHERCHE

- Direction de la politique en matière de droit pénal et de droit familial
- Projet de révision du droit pénal
- Projet de l'observation des lois et des sanctions réglementaires
- Direction des programmes et de la politique
- Direction de la recherche et du développement

SECTEUR DE LA GESTION INTÉGRÉE

- Direction de l'administration du personnel
- Direction des politiques et services administratifs
- Direction de la gestion financière, de la planification et de l'informatique
- Bureau de l'examen
- Direction des communications et affaires publiques
- Section de la liaison et des relations fédérales-provinciales
- Direction des services ministériels

31 mars 1989

Tiré de : Ministère de la Justice, *Rapport annuel 1988-1989*

ANNEXE D

Tableau comparatif des caractéristiques du poste de directeur des poursuites pénales dans d'autres pays*

	ANGLETERRE	IRLANDE	VICTORIA	AUSTRALIE
Nommé par	Procureur général	Gouvernement, sur recommandation d'un comité	Gouverneur en conseil	Gouverneur général
Durée des fonctions	jusqu'à la retraite**	fixée par le premier ministre	jusqu'à 65 ans	période fixe, maximum de 7 ans
Motifs de destruction	incompétence, infraction à la loi ou aux règles habituelles de conduite**	après un rapport sur santé ou conduite	aucun motif officiel**	possible : inconduite, incapacité mentale ou physique; obligatoire : faillite, absence non autorisée, autre emploi, non-divulgation d'intérêts
Pouvoir de destitution	règles applicables aux fonctionnaires**	Assemblée législative sur rapport du juge en chef, du procureur général, de la Haute Cour de Justice	Gouverneur en conseil, confirmation du Parlement	Gouverneur général
Traitement	fixé par le procureur général et le Trésor	fixé par le premier ministre et ministre de la Fonction publique	même que les juges de la Cour suprême	fixé par le tribunal de la rémunération
Pension	Entente individuelle avec le Trésor**	comme pour le traitement	même que les juges de la Cour suprême	régime de la fonction publique ou autre régime approuvé par le ministre des Finances**
Degré d'autonomie	sous la surveillance du procureur général	indépendant	indépendant	soumis aux directives écrites du procureur général
Poste établi par la loi ?	oui	fonctionnaire	non fonctionnaire	oui
Publication obligatoire	rapport annuel des lignes directrices générales	N.P.L.***	lignes directrices générales	directives du procureur général
Budget	le directeur nomme le personnel, le Trésor approuve le nombre	le premier ministre nomme le personnel, le ministre de la Fonction publique dirige	directeur responsable de la dotation et du budget**	nomination de la fonction publique, le directeur a le pouvoir d'un chef permanent

* La Nouvelle-Zélande a été omise, parce qu'il n'y a pas officiellement de *Director of Public Prosecutions* dans ce pays.

** Renseignements fournis au cours d'une communication privée.

*** Non prévu par la loi